

**Discriminação do trabalhador em razão do conhecimento da
informação médica: em especial os dados genéticos**



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

**Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito e Prática
Jurídica, especialidade Direito da Empresa**

Orientador: Professor Doutor Guilherme Machado Dray

Rita Escarpiado

2018

*Só manteremos a liberdade, só florescerá em nós a igualdade e a noção do outro
que é a raiz da fraternidade, se persistir algum mistério sobre a radical diferenciação
humana. – Bernardo da Gama Lobo Xavier*

À memória da minha Mãe.

Agradecimentos

Ao Doutor Guilherme Dray pela paciência nas correções, pela disponibilidade e pela ajuda na estruturação do pensamento que vieram dar a certeza de que fiz a escolha mais correta.

Aos meus Pais por tudo aquilo que me ensinaram e pelas ferramentas que me deram e que me permitiram chegar até aqui. Ao meu Pai que me ensinou a importância do trabalho e do sacrifício e à minha Mãe por nos mostrar o que é o amor incondicional.

Ao meu Irmão cuja existência é a minha força anímica.

À minha família por acreditarem, mesmo quando não compreendem ou quando não concordam. Mas, acima de tudo, por estarem presentes sempre.

Aos meus amigos, os de sempre, os que a faculdade me deu e os que se atravessaram a meio deste caminho. Aos que perdoam as longas ausências, aos que acreditam em mim mais que eu própria e aos que percebem os momentos menos bons sem a necessidade de perguntar.

Ao Henrique pela persistência, pela paciência e pelo amor.

Resumo

Os avanços tecnológicos e científicos permitem o acesso a um conjunto cada vez mais extenso de informação sobre a vida privada dos indivíduos abrindo a porta para a prática de atos discriminatórios.

O trabalho aqui desenvolvido destina-se a analisar o lugar da informação genética, enquanto informação médica dos trabalhadores e candidatos a emprego, no plano laboral.

Pretendemos perceber qual o papel da tutela da vida privada nesta temática e qual o grau de proteção conferido pelo princípio da igualdade e não discriminação, desenhando um caminho conjunto a ser traçado por estes dois planos.

Não entendemos que na matéria do património genético, quando falamos de discriminação, se deva deixar de lado o contributo do direito de reserva da vida privada. Antes pelo contrário, entendemos que será possível o primeiro ir buscar contributos valiosos ao segundo, nomeadamente em matéria do ónus da prova em casos de discriminação no local de trabalho.

A análise residirá não só na relação entre património genético, reserva da vida privada e princípio da igualdade. Debruçar-se-á, também, sobre um conjunto de outros elementos como o direito/dever de informação, a análise do direito europeu e do direito estado-unidense e o regime da medicina no trabalho, para que seja possível uma perceção dos vários pontos que se cruzam com a temática.

O tratamento detalhado das disposições normativas aplicáveis bem como das orientações jurisprudenciais subjacentes pretende desenhar uma linha condutora que permita perceber como e porquê se chegou à conclusão final e a posição tomada no que respeita à questão do ónus da prova.

A matéria da informação genética é delicada porque o que está em causa é a constituição biológica do ser humano e não podemos ficar indiferentes à quantidade de informação que esta fornece e a sua utilidade nas relações laborais, nomeadamente do ponto de vista do empregador que vê nesta informação uma forma de diminuir o risco associado à contratação de colaboradores. É importante fixar elementos que pugnem pela irrelevância desta informação no trabalho não deixando em aberto a possibilidade de ponderações através da existência de interrogações assentes em conceitos indeterminados suscetíveis de múltiplas interpretações.

A sua proteção na vertente do direito à reserva da vida privada é fundamental porque torna menos provável a ocorrência de práticas discriminatórias e quando estas ocorrem uma clara tomada de posição relativa à privacidade inviolável dos dados genéticos no contexto laboral traz um contributo significativo para a proteção contra a discriminação.

Palavras chave: reserva da vida privada, princípio da igualdade, património genético, irrelevância, ónus da prova

Abstract

Technological and scientific advances allow access to an increasingly extensive set of information about individuals' private lives, opening the door to discriminatory acts.

The analysis we made aims to analyze the place of genetic information, as medical information of workers and job seekers, in the labor market.

We intend to understand the role of the protection of private life in this issue and the degree of protection provided by the principle of equality and non-discrimination, drawing a joint path that must be traced by these two plans. In the matter of genetic heritage, when we speak of discrimination, one must leave aside the contribution of the right of reservation of private life. On the contrary, we believe that it will be possible first to seek valuable contributions from privacy, particularly as regards the burden of proof in cases of discrimination in the workplace.

The analysis will not only concern the relationship between genetic heritage, privacy and the principle of equality, but will also deal with a number of other elements such as the right / duty to provide information, the analysis of European law and the law of United States of America and the regime of medicine in the work, to provide a perception of the several points that cross the thematic.

The detailed treatment of the applicable legal provisions as well as the underlying case-law is intended to draw a guideline to understand how and why the final conclusion and the position taken on the burden of proof have been reached.

The issue of genetic information is delicate because it refers to the biological constitution of the human being and we can not be indifferent to the amount of information it provides and its usefulness in industrial relations, particularly from the point of view of the employer who sees it a way of reducing the risk associated with hiring employees. It is important to establish elements that challenge the irrelevance of

this information in the work, not leaving open the possibility of weighting through the existence of derogations based on indeterminate concepts susceptible of multiple interpretations.

Their protection in the right to privacy is fundamental because it makes it less likely that discriminatory practices will occur, and when they take a clear position on the inviolable privacy of genetic data in the workplace, it makes a significant contribution to protection against discrimination.

Key words: privacy, principle of equality, genetic heritage, irrelevance, burden of proof.

Abreviaturas e Indicações de Leitura

Modo de Citar

As citações são feitas sempre em nota de rodapé e não no texto. A primeira obra cita-se pelo autor, obra, volume, edição (a partir da 2ª edição da obra), página, local da publicação, editora e data.

Nas referências subsequentes a ordem é a mesma, porém quer o nome do autor quer a obra estarão abreviados, dispensando-se os outros elementos com exceção da página.

As citações feitas a documentos da internet citam-se pelo autor, obra, volume, edição (a partir da 2ª edição da obra), página, hiperligação, data e hora do acesso.

Abreviaturas

ADN – Ácido Desoxirribonucleico

CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CEDH – Carta Europeia dos Direitos do Homem

CPC – Código de Processo Civil

CC – Código Civil

CPT – Código de Processo do Trabalho

CT- Código do Trabalho

CNPD – Comissão Nacional de Proteção de Dados

CBV – Confederação Brasileira de Voleibol

CNECV – Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

CRP – Constituição da República Portuguesa

LPDP – Lei da Proteção de Dados Pessoais

LADA – Lei do Acesso a Documentos Administrativos

OIT – Organização Internacional do Trabalho

TC – Tribunal Constitucional

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

SL – Statuto del Lavoratori

RGPD- Regulamento Geral para a Proteção de Dados

UNESCO – United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization

Índice

I.	Introdução	12
II.	Reserva da Vida Privada	14
1.	Aspetos Gerais	14
2.	Na Constituição	17
2.1.	Concretização Constitucional	17
2.2.	Eficácia dos direitos fundamentais nas relações laborais	19
3.	No Código Civil	21
3.1.	Generalidades	21
4.	No Código do Trabalho	24
4.1.	Enquadramento	24
4.1.1.	O dever de informação do candidato a emprego e do trabalhador	28
4.1.1.1.	Resposta a questões ilícitas – “o direito à mentira”	33
4.2.	Os meios de tutela judicial da privacidade do trabalhador	37
4.3.	A proteção de dados dos trabalhadores	38
4.3.1.	A proteção de dados dos trabalhadores no Código do Trabalho	40
4.3.2.	O RGPD e os dados dos trabalhadores	44
4.4.	A informação de saúde	48
4.4.1.	O RGPD e os dados de saúde	50
4.4.2.	A informação médica no contexto laboral	52
4.4.2.1.	O regime da proteção da saúde e segurança no trabalho	54
III.	Igualdade e não discriminação	62
1.	Considerações gerais	62
2.	O princípio da igualdade e não discriminação na União Europeia	64
2.1.	Igualdade e não discriminação em situação de doença	68
3.	Igualdade e não discriminação no Código do Trabalho	69
3.1.	Considerações gerais	69
3.1.1.	O ónus da prova	72
IV.	A Questão da Informação Genética	76
1.	Direito internacional do genoma humano	76
2.	Informação genética no local de trabalho	79
3.	A discriminação em razão dos dados genéticos	84
3.1.	Definição de discriminação genética	88
3.2.	A discriminação genética no direito europeu	93
3.3.	A discriminação genética no ordenamento jurídico português	95
4.	A contribuição dos EUA para o desenvolvimento da temática	100
4.1.	O <i>right to be alone</i> anglo saxónico	100
4.2.	A igualdade e não discriminação estado-unidense	102
V.	Considerações Finais	106
VI.	Conclusão	114
VII.	Bibliografia	118
VIII.	Anexos	124

I. Introdução

O presente estudo dedica-se ao tema da discriminação do trabalhador e do candidato a emprego. O tema da discriminação é vasto e não seria possível tratá-lo em toda a sua amplitude, pelo que o trabalho se focou na informação médica acerca do indivíduo, porém também este subtema é dotado de múltiplas vertentes cuja abordagem teria que ser muito superficial não permitindo uma análise mais cuidada de temáticas fulcrais. Escolhemos assim tratar a informação genética do trabalhador não deixando de referir ao longo do trabalho as questões relativas à informação médica do trabalhador.

A informação genética que aqui tratamos é aquela que é simultaneamente informação acerca da saúde, isto porque informação genética pode dizer respeito a um sem número de características que podem ser físicas, psíquicas, visíveis ou invisíveis a olho nu e nem sempre dizem respeito ao estado de saúde do indivíduo.

A informação genética enquanto informação de saúde, sobre a qual versará o nosso estudo, é a adotada pela Lei 12/2005, de 26 de janeiro, no seu artigo 6º nº 1. A informação genética será considerada informação de saúde *quando verse sobre as características hereditárias de uma ou várias pessoas, aparentadas entre si ou com características comuns daquele tipo*, excluindo-se a informação resultante de testes de parentesco e a identificação genética para fins criminais.

O objetivo é perceber onde reside a tutela desta informação no contexto laboral e como pode o trabalhador ou o candidato a emprego se defender em situações de discriminação.

O trabalho está dividido em três temas que retratam as matérias que estão em causa quando falamos de informação médica no contexto laboral.

Desde logo a reserva da vida privada, porque a informação médica do trabalhador respeita à vida privada do indivíduo e qualquer restrição levada a cabo pelo empregador deve respeitar as regras de relevância para a prestação laboral, prossecução de fim legítimo e de proporcionalidade. A matéria da reserva da vida privada tem sido alvo de maior atenção recentemente devido à entrada em vigor do Regulamento Geral da Proteção de Dados que entrou em vigor a 25 de maio de 2018 que, como não podia deixar de ser, também será analisado neste trabalho.

O segundo tema será a matéria da discriminação e o seu tratamento nos planos europeu e nacional, porque não é possível não os interligar. A interpretação das normas do

ordenamento jurídico interno deve ser conforme a Constituição e conforme o direito europeu, não sendo possível que se verifiquem soluções normativas menos favoráveis que aquelas dispostas pelo direito comunitário. O capítulo destinado ao tratamento do princípio da igualdade e não discriminação visa enquadrar a temática da informação médica no contexto laboral do ponto de vista da licitude do tratamento diferenciado em razão de elementos que terão reflexo no contexto laboral. Na abordagem do tema não será esquecida questão do ónus da prova nos casos de discriminação e o seu tratamento doutrinário e jurisprudencial.

Por fim, o terceiro tema incidirá a sua análise na informação genética. Para que possamos compreender o que está em causa quando falamos de dados genéticos e o porquê de estes serem matéria respeitante à vida privada do indivíduo e o que representa esta informação no plano do indivíduo e a importância da sua proteção. Tentaremos avançar com uma definição de discriminação genética que nos permita demonstrar o que está em causa quando falamos da necessidade de tutela do indivíduo contra a práticas de atos discriminatórios que tenham por base o património genético.

Será também objeto de tratamento o contributo dos Estado Unidos da América para o desenvolvimento do tema da proteção da informação genética. A escolha deste ordenamento jurídico não é aleatória, a análise não esquece que falamos de um sistema de common law, porém o contributo estado-unidense para o desenvolvimento do conceito de privacidade não pode ser ignorado bem como o desenvolvimento doutrinal em matéria de discriminação em razão do património genético. A doutrina estado-unidense debruçou-se sobre esta questão para além das preocupações do ponto de vista ético, tentando obter um conceito operativo de discriminação genética e analisar a proteção concedida ao trabalhador.

I. A Reserva da Vida Privada

1. Aspetos Gerais

Na sua conceção contemporânea, o primeiro trabalho científico sobre o reconhecimento da reserva da vida privada como bem tutelado pelo Direito remonta aos fins do século XIX, à obra *“The Right to Privacy (The implicit made explicit)”* pela mão de dois advogados norte-americanos, Samuel Warren e Louis Brandeis. Os autores alertam para a insuficiência da proteção dos pensamentos, sentimentos e emoções, cuja tutela residia apenas no direito de propriedade e nos direitos de autor, prevenindo-se apenas a divulgação. Segundo os autores, a divulgação seria apenas uma das vertentes de uma situação jurídica ativa denominada de *“right to be let alone”*, fundada não no direito de propriedade, mas sim na inviolabilidade da personalidade.

A insuficiência da tutela surgiu no contexto da evolução tecnológica responsável por um conjunto de possíveis violações cuja a proteção fundada nas ideias de propriedade e de incumprimento contratual ou abuso da confiança, propugnada pela jurisprudência da época, não oferecia respostas. Propôs-se o afastamento da ideia de mera proteção dos sentimentos, emoções e pensamentos expressos de forma deliberada para fins artísticos e defende-se a proteção do indivíduo comum na sua vida diária, numa lógica de tutela de direitos contra terceiros através da construção do *“right to privacy”* que estende o seu âmbito de proteção à imagem pessoal, atos e palavras e relações pessoais familiares. Mantém-se, porém, a lógica de propriedade, o *“right to privacy”* surge como o meio de proteção de algo que é propriedade do ser humano e do qual só ele pode dispor¹.

Cumprido desde já, alertar para o facto de que o direito de reserva da vida privada no ordenamento jurídico português não se confunde com o *“right to privacy”* anglo-saxónico. A construção norte-americana reconduz-se ao *“right to be let alone”*, numa lógica que assenta em dois pontos essenciais, a proteção de uma área de exclusão e de não interferência de terceiros e a lógica de indisponibilidade do direito enquanto propriedade do indivíduo que permite o resguardo absoluto de determinadas áreas da vida, impermeáveis a cedências ou restrições motivadas por conflitos de interesses. Por

¹ *“Gradually the scope of these legal rights broadened; and now the right to life has come to mean the right to enjoy life,—the right to be let alone; the right to liberty secures the exercise of extensive civil privileges; and the term “property” has grown to comprise every form of possession—intangible, as well as tangible.”* in *“The right to privacy (The implicit made explicit), Samuel Warren e Louis Brandeis, p. 75, disponível na internet www.cambridge.org acedido a 18/11/2017, às 22:04.*

sua vez no nosso ordenamento jurídico, o direito de reserva da vida privada visa a proteção da dignidade humana, é o ser-se humano e a dignidade que comporta esta natureza que confere autonomia a este direito².

Em Portugal a tutela da privacidade enquanto direito autónomo foi consagrada no artigo 80º do CC de 1966. Do ponto de vista constitucional, a CRP de 1976 consagrou o direito fundamental da reserva da intimidade da vida privada no artigo 33º - atualmente consagrado no artigo 26º da CRP sob a epígrafe “Outros direitos pessoais”. A evolução da tutela tem sido no sentido de conceder uma proteção crescente face à evolução tecnológica que coloca ao dispor de cada um os instrumentos capazes de aceder e conhecer de forma ilimitada factos que dizem respeito a informação pessoal do indivíduo.

No ordenamento jurídico português não encontramos uma definição unívoca de reserva da intimidade da vida privada, mas todas as definições avançadas pela doutrina têm uma orientação comum, a saber, a ideia de existência de um espaço na vida do indivíduo que se encontra livre da intromissão alheia, cabendo-lhe o direito de resguardar do interesse de terceiros determinados aspetos da sua vida.

A dificuldade reside na delimitação, não só daquilo que devemos considerar como vida privada e vida pública, mas também onde se encontra o limite entre as matérias que dizem respeito apenas ao indivíduo e aquelas que, não sendo públicas, apenas dizem respeito à sua vida familiar. Devido à dificuldade em determinar objetivamente o que é a reserva da intimidade da vida privada, cabe à doutrina e à jurisprudência o preenchimento do conceito com observância dos dois limites impostos pelo artigo 80º do CC: “a natureza do caso” e a “condição das pessoas”.

No que respeita à “condição das pessoas”, entende-se que o legislador quis transmitir a ideia de que a aferição do espaço considerado como vida privada do indivíduo depende da forma como este se posiciona na sociedade variando conforme essa posição, ou seja, se estiver em causa uma pessoa com reconhecida notoriedade pelos seus feitos ou por ter uma vida mais exposta do ponto de vista social, o âmbito da reserva da intimidade da vida privada diminui em razão da ideia de interesse público e do direito à informação. Esta diminuição não significa, porém, a supressão do direito, pois a reserva continuará a

² Gomes, Júlio Manuel Vieira, *Direito do Trabalho – Volume I – As relações individuais de trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

compreender os aspetos que não têm relação com a atividade que tornou aquela pessoa notória³.

No que se refere ao critério da “natureza do caso”⁴, estamos perante um critério objetivo que dita que devemos atender não à pessoa si em considerada, mas aos factos que podem (ou não) ser objeto da atenção de terceiros.

Ambos estes critérios delimitam o objeto do direito, porém, alguma doutrina nacional com o argumento de que o legislador constitucional refere no artigo 26º da CRP a intimidade da vida privada e a vida familiar, defende a utilidade da aplicação da teoria das três esferas para determinar quais os factos da vida do indivíduo que se encontram no âmbito da vida íntima e quais os que se inserem na vida privada. Esta teoria de origem alemã diferencia três áreas da vida do indivíduo a que correspondem graus de proteção diferentes. A vida íntima que representa os atos e factos objeto de resguardo absoluto em relação a terceiros, a vida privada que diz respeito aos factos que apenas devem ser objeto de partilha com um círculo restrito de pessoas; e a vida pública que se relaciona com os acontecimentos suscetíveis de serem conhecidos por todos⁵. Esta rigidez não parece, no entanto, ser acolhida pelo disposto no artigo 80º CC, pois o que a norma nos diz é que a determinação do conteúdo do direito é casuística, pelo que apenas face ao caso concreto podemos determinar o conteúdo do direito. Portanto, se da aplicação dos critérios do artigo 80º nº 1 do CC resultar que determinado facto se insere na vida privada do indivíduo, opera a tutela do artigo 80º do CC mesmo que na leitura à luz da teoria das esferas seja considerado como facto respeitante à esfera pública ou à esfera privada⁶, segundo Pedro Pais Vasconcelos, estamos perante uma questão gradativa dependente das circunstâncias e das pessoas em causa. Uma vez que falamos não só do indivíduo titular do direito, mas também das pessoas em causa não devemos concluir que “isto é íntimo, aquilo é privado e o resto é público; mas antes que isto é mais íntimo que aquilo ou mais privado que aquilo”⁷.

³ Cabral, Rita Amaral, O Direito à Intimidade da Vida Privada, p. 398, in *Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, Separata da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, 1989.

⁴ O critério da “natureza do caso” impede a reação contra o indivíduo que assiste à ocorrência de facto ou ato que decorra em local público.

⁵ Menezes Cordeiro distingue entre esfera pública, esfera individual-social, esfera privada, esfera secreta e esfera íntima vide Tratado do Direito Civil IV – Parte Geral, 4ª edição, Lisboa, Almedina, 2016.

⁶ Na teoria alemã apenas a primeira esfera é tutelada pelo direito de reserva da intimidade da vida privada vide Rita Amaral Cabral, O Direito à Intimidade..., p. 399.

⁷ Vasconcelos, Pedro Pais de “Teoria Geral do Direito Civil” p. 59, 8ª Edição, Almedina, 2017.

Do ponto de vista da jurisprudência, o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 128/92, de 01 de abril⁸, utiliza o conceito de *privacy* para determinar o conteúdo deste direito, ao afirmar que se trata do direito do indivíduo a ser protegido no seu espaço familiar contra intromissões alheias, uma vez que o homem apesar de ser um ser social não é todo ele parte da sociedade civil. Justamente por ser pessoa o indivíduo tem direito a um espaço de reclusão protegido da intromissão do Estado ou de terceiros, regulado pelo juízo e pela consciência de cada um. No Acórdão do Tribunal Constitucional nº 355/97, de 07 de maio⁹, que se reporta ao tratamento de dados de saúde e se pronuncia sobre a legislação em vigor em matéria de ficheiros automatizados, o tribunal afirma que este direito se caracteriza como a existência de uma esfera próprio inviolável onde ninguém pode interferir sem a autorização do titular e em que se inserem as informações relativas à vida pessoal e familiar, a relação com outras esferas de privacidade, os meios de expressão e comunicação e os dados de saúde.

2. Na Constituição

2.1. Concretização constitucional

No ordenamento jurídico português o direito à reserva da intimidade da vida privada é simultaneamente um direito de personalidade e um direito fundamental. Consagrado no artigo 26º da CRP, logo depois do direito à vida e do direito à integridade física, este direito surge na categoria de direito pessoal. Sem mencionar nada acerca do seu conteúdo, refere outros direitos que funcionam como garantia, nomeadamente a proibição de tratamento informático de dados referentes à vida pessoal, prevista no artigo 35º nº 3 da CRP.

No que respeita ao direito da reserva da intimidade da vida privada, este concretiza-se em dois direitos menores, o direito de impedir o acesso de terceiros a informações sobre a vida familiar e privada e o direito a que ninguém divulgue as informações que possua sobre a vida privada e familiar de outrem¹⁰. Para além da intromissão alheia, reconhece-

⁸ “O homem, sendo embora um ser social, não é, porém, todo ele parte da sociedade civil. Justamente porque é pessoa, o homem tem — como sublinham Javier Hervada e José M. Zumaquero — «um âmbito pessoal em que não têm entrada nem o Estado, nem a sociedade, um âmbito regulado pela consciência e pelo juízo de cada um.» — Acórdão do TC nº 128/92 de 01 de abril, processo nº 260/90.

⁹ Acórdão do TC nº 355/97, de 07 de maio, processo nº 182/97.

¹⁰ Moreira, Vital e José Gomes Canotilho, *Constituição da República Portuguesa – Anotada, Vol. I, Artigos 1º a 107º*, p. 467, Almedina, 2014.

se hoje uma nova dimensão que se traduz na faculdade de os cidadãos controlarem as informações que lhe dizem respeito. Todas estas dimensões de um mesmo direito reconduzem-se a uma única faculdade, a faculdade de conservar na esfera reservada todos os dados pessoais que pertençam à vida privada e familiar, dispondo o titular do direito de impedir o acesso, o emprego e a revelação e o direito de conhecer, retificar, atualizar e eliminar esses mesmos dados.

A distinção entre esfera íntima e esfera privada não releva no âmbito do preceito constitucional. Segundo Vital Moreira e Gomes Canotilho, o conteúdo do direito deverá ser procurado no próprio conceito de privacidade e na dignidade humana, salientando que o conceito deverá ser definido segundo a pessoa e o contexto em que esta se insere. Assim, para determinarmos o âmbito normativo deste direito fundamental, os autores entendem que devemos ter em conta três referenciais: o respeito dos comportamentos, o respeito do anonimato e o respeito da vida em relação¹¹.

A caracterização do direito foi feita pelo Tribunal Constitucional no citado acórdão nº 355/97, de 07 de maio¹² em seguimento do que tinha já avançado nos acórdãos nº 126/92, de 01 de abril e 319/95, de 20 de junho¹³.

O acórdão nº 355/97 pronunciou-se acerca da constituição de ficheiros automatizados nos centros regionais de oncologia de Lisboa, Porto e Coimbra. A propósito desta temática o TC recorre aos acórdãos *supra* citados para avançar com um conceito de vida privada, caracterizando-a como *o direito a uma esfera própria inviolável, onde ninguém deve poder penetrar sem autorização do respetivo titular*. Segundo o TC este espaço engloba a vida pessoal, a vida familiar, a relação com outras esferas de privacidade, o lugar próprio da vida pessoal e familiar e os meios de comunicação privados.

A CRP destina o Capítulo III, do Título III, da Parte I, aos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, para além destes existem ao longo do texto constitucional preceitos que apesar de não estarem ligados ao trabalho são aplicáveis ao trabalhador e à relação laboral, nomeadamente o direito fundamental de reserva da intimidade da vida privada.

¹¹ Moreira, Vital e Gomes Canotilho, *Constituição da República Portuguesa...*, p. 468.

¹² Acórdão do TC 355/97, de 07 de maio, processo 182/97.

¹³ Acórdão do TC, nº 319/95, de 20 de junho, processo nº 200/94.

2.2. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações laborais

À luz da conceção primitiva dos direitos fundamentais a reserva da intimidade da vida privada funcionaria enquanto esfera de autonomia do indivíduo face ao Estado, sendo uma das áreas em que a vontade individual se projeta livremente sem intervenção estatal¹⁴.

A matéria dos direitos fundamentais na relação laboral reveste uma importância significativa tendo em conta as especificidades desta relação, por diversas razões: desde logo, porque não é possível separar a pessoa do trabalhador, aumentando-se por essa razão a suscetibilidade da violação de direitos fundamentais; por outro lado no quadro do vínculo laboral aumenta a possibilidade de conflito entre direitos do indivíduo-trabalhador e direitos do empregador ou de outros colegas de trabalho. Maria do Rosário Palma Ramalho justifica a especial tutela dos direitos fundamentais no contrato de trabalho com a ideia de envolvimento integral da personalidade do trabalhador. Segundo a autora, este envolvimento aumenta a possibilidade de ameaças aos seus direitos fundamentais¹⁵. Nesta temática, o que está em causa não são os direitos consagrados na denominada Constituição Laboral, cujas matérias em causa têm uma maior incidência/pendor coletivo, mas sim os direitos fundamentais do trabalhador enquanto cidadão.

A questão relativa à eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre entidades privadas em especial no domínio laboral foi levantada pela primeira vez na Alemanha por Hans Nipperdey¹⁶ em razão do caráter desigual da relação laboral e representou o ultrapassar da visão liberal dos direitos fundamentais enquanto direitos do cidadão contra o Estado e o surgimento de uma nova conceção de direitos fundamentais. A ideia de eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre os privados partiu da constatação de que os indivíduos não estão expostos apenas a ameaças provenientes do Estado, mas também de grupos de natureza privada, detentores de um poder suscetível de ameaçar a liberdade individual daqueles que com eles se relacionam.

¹⁴ João Caupers, *Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, Almedina, 1985.

¹⁵ Ramalho, Maria do Rosário Palma, “Contrato de trabalho e direitos fundamentais da pessoa”, pp. 393-415, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. II.

¹⁶ Abrantes, José João, Princípio da proporcionalidade e tutela da personalidade do trabalhador, pp.320- in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, vol. II, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015.

Na conceção moderna de direitos fundamentais estes não funcionam apenas como um conjunto de situações jurídicas ativas opostas ao Estado¹⁷. O reconhecimento da vinculação das entidades privadas os direitos fundamentais é uma questão doutrinariamente pacífica, sendo discutível apenas o modo como esta vinculação deve operar¹⁸.

Referindo-se à aplicação do princípio da igualdade às relações entre os privados, Guilherme Dray defende a aplicação direta e atenuada dos direitos fundamentais, uma vez que ao contrário do que acontece na relação entre os particulares e o Estado, na relação entre privados a aplicação dos direitos fundamentais não pode ser linear e uniforme, sendo necessário obedecer a um apuramento e a uma concretização casuísticos sob pena de desvirtuamento dos outros interesses que se encontram em rota de colisão¹⁹.

A questão da aplicação dos direitos fundamentais à relação entre os privados foi colocada desde logo no âmbito das relações laborais por causa das especificidades que as caracterizam. Vejamos, a relação laboral nasce da celebração do contrato de trabalho, porém não será apenas aqui que devemos fazer incidir a tutela. Como qualquer outro contrato, a celebração de um contrato de trabalho válido é antecedida de um processo prévio que vincula as partes à observação de determinados deveres de conduta e a uma atuação segundo os ditames da boa fé. Nesta fase, a posição das partes é dotada de um especial grau de desigualdade entre si e a entidade empregadora encontra-se numa posição privilegiada, com uma liberdade de estipulação das condições contratuais e com

¹⁷ Abrantes, José João, *Direitos Fundamentais da pessoa humana no trabalho, em especial a reserva da intimidade da vida privada (algumas questões)*, Almedina, 2014.

¹⁸ Neste plano existem essencialmente, três posições sobre relevância dos direitos fundamentais nas relações entre privados. Os defensores da tese da eficácia imediata defendem que nas relações privadas os direitos fundamentais têm uma eficácia semelhante as relações entre os privados e o Estado, sendo desnecessária qualquer concretização legislativa posterior para que vinculem os sujeitos privados entre si, artilham desta posição autores como José João Abrantes e Maria do Rosário Palma Ramalho. Do lado oposto, a tese da eficácia mediata entende que apenas o Estado é o destinatário dos direitos fundamentais recaindo sobre o dever de proteger estes direitos de violações operadas pelas entidades privadas através da redação de regras e princípios que vinculem as entidades privadas de forma a que os princípios que regem as relações jurídico-privadas como a autonomia privada e a liberdade negocial sejam destruídos, são defensores desta tese. Na posição intermédia, defendida por autores como Vieira de Andrade, Gomes Canotilho, Jorge Miranda e Menezes Cordeiro, distinguem-se duas situações no relacionamento entre os privados, as situações em que intervém uma entidade privada com poder social e as situações em que ambos os intervenientes estão numa posição de paridade. Na primeira hipótese a situação é análoga à relação Estado-indivíduo e como tal aplicam-se os direitos fundamentais de forma imediata, noutra situação a aplicação dos direitos fundamentais opera de forma mediata para proteger os princípios basilares do direito privado.

¹⁹ Dray, Guilherme Machado, *Justa causa e esfera privada*, pp. 35 a 91, in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. II, *Justa Causa de Despedimento*, Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, (coordenação Pedro Romano Martinez), Almedina, 2001.

o poder de recusar a contratação, enquanto que o candidato a emprego tem uma margem quase inexistente para exigir modificações contratuais, restando-lhe a mera liberdade de celebração²⁰. Porém, não será com a celebração do contrato que a relação jurídica ganhará maior paridade, pois também aqui se verifica o desequilíbrio da relação estabelecida entre o empregador e o trabalhador, uma vez que primeiro detém o poder de direção e o poder disciplinar enquanto que o segundo se coloca numa situação de dependência pessoal e subordinação jurídica, à qual acresce uma situação de dependência económica no sentido em que os rendimentos do trabalho constituem, na maioria das vezes, o principal meio de subsistência²¹.

Ora, pelas circunstâncias supra descritas a relação laboral é um campo fértil para as ameaças aos direitos fundamentais e como tal tem sido o campo por excelência do desenvolvimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sendo reconhecida na generalidade das ordens jurídicas europeias.

Na eficácia entre privados, em regra, apenas lhe são impostas as limitações decorrentes dos interesses legítimos do empregador ou de terceiros. Procura-se aqui encontrar o critério de concordância entre os direitos fundamentais do trabalhador e a autonomia privada através do princípio da proporcionalidade na sua tripla dimensão de necessidade, adequação e proibição do excesso²². Enquanto limites aos poderes do trabalhador o seu exercício só pode ser restringido se colidir com os interesses do empregador traduzidos no funcionamento da empresa e no cumprimento das prestações contratuais, desde que tais limitações sejam apenas as necessárias à salvaguarda o direito do empregador ou de terceiros e desde que não afetem o núcleo essencial do direito do trabalhador.

3. No Código Civil

3.1. Generalidades

²⁰ Dray, Guilherme Machado, Breves notas sobre o ideal de justiça contratual e a tutela do contraente mais débil, p. 83, pp.75-105, *Estudos em Homenagem a Inocêncio Galvão Telles*, vol. I, Almedina, Lisboa.

²¹ A dependência do trabalhador em relação ao empregador verifica-se do ponto de vista jurídico e do ponto de vista económico. Juridicamente o trabalhador coloca-se numa posição de subordinação em razão da assunção do dever de obediência às ordens do empregador. Economicamente os rendimentos do trabalho são o principal meio de subsistência do trabalhador, cfr. Guilherme Dray, Breves notas..., p. 84.

²² Abrantes, José João, Princípio da proporcionalidade..., p. 322.

Os direitos de personalidade constituem uma categoria recente, consagrada pela primeira vez (entre nós) no Código Civil de 1966. No Código Civil de 1867 – Código de Seabra- era consagrada uma figura congénere denominada de “direito inatos”. Estes direitos fundamentam-se na dignidade da pessoa humana e na ideia de que para que cada pessoa o seja é necessário garantir-lhe um conjunto de condições que estão espelhadas na consagração dos direitos de personalidade. Os direitos de personalidade surgem como meio jurídico de tutela dos bens de personalidade. A este propósito o artigo 70º do CC consagra uma cláusula aberta de tutela contra as ofensas a estes bens, sendo que a existência desta tutela geral de personalidade significa que o seu objeto não está limitado à tipificação que lhe sucede. Para além destes, existe um conjunto de direitos que, apesar de não tipificados, merecem a mesma qualificação em referência ao conteúdo ético. Para além do elenco que consta do Código Civil, temos que ter em conta os direitos de personalidade previstos na Constituição da República Portuguesa, os emergentes de tratados internacionais e aqueles que não constam de qualquer previsão normativa, mas que cujas características e conteúdo não oferecem dúvidas quanto à sua natureza.

Os direitos de personalidade têm características próprias e um regime específico. Antes de mais, por serem considerados bens inerentes à personalidade humana são direitos indisponíveis, inalienáveis e irrenunciáveis. Significa isto que o seu titular não pode de eles dispor, apenas podendo autolimitar o seu exercício. Por outro lado, qualquer violação do direito sem o consentimento do seu titular é ilícita, embora o consentimento não extinga o direito.

O direito à reserva da intimidade da vida privada, está consagrado no artigo 80º do CC, que impõe o dever de guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de terceiro consoante a natureza do caso e a condição da pessoa. Dispõe assim o artigo 80º do CC que o direito à reserva da intimidade da vida privada não é um direito absoluto, pelo que a sua aplicação varia consoante as circunstâncias do caso e é feita à luz de um sistema móvel²³ que nos vincula a ter em conta o interesse do indivíduo que não pretende ver reveladas determinadas informações que lhe dizem respeito e o interesse de outrem em conhecer ou revelar a mesma informação²⁴.

²³ Dray, Guilherme Machado, “Justa Causa...”, p. 47.

²⁴ Dray, Guilherme Machado, “O direito à reserva da intimidade da vida privada. O artigo 80º do Código Civil de 1966”, pp. 673-699, in *Revista de Direito Civil* nº 3, Almedina, 2017.

A lei não fornece um conceito de vida privada e desta forma cabe à doutrina e à jurisprudência proceder à sua elaboração, para o efeito colocam-se três questões essenciais²⁵: o que deve ser entendido como vida pública e vida privada; se o que fica abrangido pela reserva da intimidade da vida privada é o mesmo que o conceito de vida privada; e saber se o direito obsta apenas à divulgação ou se abrange o acesso de estranhos a informação sobre a vida privada.

Relativamente à primeira questão o conjunto de matérias que podem ser consideradas como vida privada e, por maioria de razão, não são consideradas como aspetos da via pública, é vasto. Menezes Cordeiro avança que será privado tudo aquilo que de acordo com o sentir comum seja considerado vida privada²⁶; por sua vez, Capelo de Sousa entende como conteúdo da vida privada dados como filiação, residência e número de telefone, o estado de saúde da pessoa, a vida conjugal, amorosa e afetiva a vida do lar e todos os acontecimentos que aí tenham lugar bem como determinados acontecimentos que tenham lugar em espaços públicos, as comunicações e o património do indivíduo²⁷. Perante a imensidão de questões que podem ser incluídas no conceito de vida privada a doutrina reconhece que estamos perante um conceito aberto em que ficam abrangidos todos os factos da vida do indivíduo que este apenas partilhe com aquele que lhes estão mais próximos²⁸.

Quanto à segunda questão, que se prende com saber o que deve ser abrangido por “vida privada”, importa ressaltar que o uso da expressão intimidade da vida privada constante do artigo 80º nº 1 do CC não significa a exclusão dos factos que ocorram em locais públicos, uma vez que o local não é o critério que permite distinguir as matérias que se inserem no conceito de vida privada, até porque é possível que ocorram factos íntimos em locais públicos e não será por isso que deixam de respeitar à vida privada do indivíduo. A reserva reporta-se a todos os factos que se insiram na esfera da vida privada do indivíduo, pelo que a questão incide em desenhar o círculo de reserva da intimidade da vida privada, uma vez que como já referimos supra o artigo 80º nº 2 do CC manda atender à natureza do caso e à condição das pessoas. Segundo Guilherme Dray, para aferirmos o círculo de reserva da intimidade da vida privada, devemos partir

²⁵ Moreira, Teresa, Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador in *Stvdia Ivridica* 78, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2004.

²⁶ Cordeiro, António Menezes, O respeito pela esfera privada do trabalhador, in *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias (coordenação António Moreira)*, Almedina, 1998.

²⁷ Sousa, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de O *Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, 1995.

²⁸ Dray, Guilherme Machado, “Justa Causa...”, p. 44.

do princípio que todas as ingerências na vida privada são inadmissíveis, sendo apenas lícitas aquelas que se justificam em nome de determinados interesses superiores. Por fim, quanto a saber se o direito obsta apenas à divulgação ou se abrange o acesso de estranhos à informação sobre a vida privada, julga-se que a posição mais acertada é aquela que defende que o direito tutela não só a divulgação, como também o acesso a factos da vida privada²⁹.

O conteúdo do direito de reserva da vida privada distingue-se dos restantes direitos no que respeita à determinação do seu alcance, ao contrário de outros direitos de personalidade como a vida e a integridade física, a reserva da vida privada não é totalmente independente da atuação do titular do direito³⁰. Para além do objeto do direito ser delimitado consoante a “natureza do caso e a condição das pessoas”, o artigo 81º do CC permite ao indivíduo consentir a limitação do direito, desde que essa limitação não seja contrária à ordem pública ou disposição legal imperativa. O titular do direito pode dispor, gratuita ou onerosamente, de informação sobre a sua vida privada. A matéria da limitação voluntária dos direitos de personalidade é tratada no artigo 81º CC, que fixa como limite nesta matéria a ordem pública, para mais, para o consentimento ser válido, deverá ser prestado de forma expressa e deve resultar de uma vontade esclarecida sobre os efeitos da limitação, podendo ser revogado a todo o tempo³¹.

4. No Código do Trabalho

4.1 Enquadramento

Por estarem intrinsecamente ligados à dignidade da pessoa humana, a consagração dos direitos de personalidade no Direito do Trabalho é inevitável. O reconhecimento da dignidade do trabalhador implica que a execução das prestações que obrigam as partes não possa significar um atentado à dignidade da pessoa humana. Os direitos de personalidade no plano jus laboral, surgem por isso como meio de garante dos direitos de personalidade do trabalhador³².

²⁹ Segundo Paulo Mota Pinto, o direito visa proteger o interesse em controlar a tomada de conhecimento, a divulgação ou a circulação de informação sobre a vida privada, *vide*, A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, pp. 527-559, *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

³⁰ Paulo Mota Pinto diz-nos que não podemos ignorar que existem diferenças entre a vida privada da pessoa que reduz as suas interações sociais ao mínimo, de alguém que lev uma vida menos resguardada, *ibid.* p. 532.

³¹ Pinto, Paulo, *ibid.* p. 556.

³² Dray, Guilherme Machado, *O Princípio da proteção do trabalhador*, p.178, Lisboa, Almedina, 2015.

A inclusão dos direitos de personalidade no CT de 2003 é uma expressão da constitucionalização da relação laboral³³ e da ideia de cidadania no trabalho que se baseia no pensamento de que o trabalhador e o cidadão não são duas realidades distintas e incomunicáveis, mas sim que existem em simultâneo. É certo que o trabalhador não deixa o seu estatuto de cidadão enquanto desempenha a sua atividade laboral, mas também sabemos que será na execução do contrato de trabalho que os direitos fundamentais encontram um conjunto de limitações decorrentes do confronto com os interesses da entidade empregadora e da coexistência com os direitos fundamentais dos outros trabalhadores e do próprio empregador. Os direitos de personalidade assumem aqui uma importante limitação dos poderes do empregador, não podendo, porém, deixar-se de entender que ao celebrar o contrato de trabalho, o trabalhador limita também os seus direitos de personalidade³⁴.

O CT de 2003, criou uma Subsecção dedicada aos direitos de personalidade, consagrando um regime especial relativamente ao regime do CC. A consagração de um regime especial justifica-se pelas especificidades inerentes a esta área do Direito, pois a relação jurídico-laboral é um campo fértil na contraposição de interesses entre as partes: ao empregador importa a salvaguarda dos interesses da empresa e ao trabalhador a proteção da sua dignidade e da sua privacidade. A disponibilização da força laboral implica o envolvimento da personalidade do trabalhador e sua consequente restrição, sendo essencial a proteção da parte mais fraca da relação contratual³⁵. Neste contexto, faz sentido a consagração de um regime de direitos de personalidade especialmente dedicado ao cenário laboral como ferramenta de proteção do contraente mais débil³⁶. O esquema de consagração dos direitos de personalidade no CT de 2003 é semelhante ao regime do CC, ou seja, o conjunto consagrado não é taxativo e apenas se enunciam os direitos que se entendeu terem maior projeção no contexto laboral, sendo por isso

³³ Segundo António Monteiro Fernandes estamos perante a transposição de direitos fundamentais para o domínio laboral, que, apesar de desnecessária para que estes tenham eficácia plena nas relações de trabalho, tem um duplo alcance. Por um lado, insere-os no conteúdo das relações de trabalho assistindo-se a uma absorção contratual dos mesmos que confere ao empregador a dimensão dos seus poderes de direção e controlo, e ao trabalhador a dimensão dos seus deveres. Por outro lado, a consagração de alguns direitos fundamentais no Código do Trabalho permite definir em que condições irão funcionar as delimitações a estes direitos próprias do contexto em que vão operar. Algumas ressalvas que constam das normas consagradas na legislação laboral colidiram com o princípio do artigo 18º/2 da Constituição que dita que que são admitidas as restrições aos direitos fundamentais que estejam previstas no texto constitucional. As limitações admitidas no Código do Trabalho legitimam-se nos limites não expressamente autorizados com fundamento em interesses gerais *vide Direito do Trabalho*, pp.276 e 277 18ª Edição, Almedina, 2017.

³⁴ Dray, Guilherme Machado, *O Princípio da Proteção...*, p. 179.

³⁵ Dray, Guilherme, *ibid.* p. 363.

³⁶ Dray, Guilherme, *Breves notas sobre...*, p. 85.

essencial conjugá-los com os direitos de personalidade positivados na Constituição e o regime da tutela geral da personalidade previstos no CC³⁷. Esta conjugação opera não só ao nível da consagração dos direitos, mas também do reconhecimento que nesta matéria devemos recorrer ao disposto no artigo 18º/2 da Constituição. Desta forma, nas situações de compressão de direitos deve proceder-se à restrição do necessário para acautelar outros interesses constitucionalmente protegidos e o artigo 81º do CC no que respeita à limitação voluntária dos direitos de personalidade.

Relativamente à observância do princípio da proporcionalidade nas situações de compressão de direitos, este estende-se ao direito privado e às relações contratuais de poder-sujeição, em que o desequilíbrio das posições contratuais coloca em risco o exercício da liberdade contratual por estas situações têm uma estrutura próxima do direito público, campo de origem do princípio da proporcionalidade³⁸. De todas as áreas que o direito privado encerra é no direito do trabalho que este princípio tem um campo significativo de atuação.

Vejamos a forma como tal sucede no Código do Trabalho.

O direito à reserva da intimidade da vida privada está consagrado no artigo 16º do CT de 2009 e destina-se à proteção dos aspetos relativos à vida íntima das partes. Numa perspetiva integral, destina-se à proteção não só do indivíduo no local de trabalho e nas relações do trabalhador com o empregador e com os colegas como também nos períodos em que este se encontra fora da empresa e consagra expressamente a proibição quer do acesso, quer da divulgação de informação que respeito à esfera privada do trabalhador, abrangendo quaisquer factos que não relevem para a prestação laboral e que lhes esteja subjacente o significado ético identificado com a proteção da dignidade humana do trabalhador enquanto indivíduo³⁹.

Porém, de acordo com o artigo 18º nº 2 da CRP e o artigo 335º do CC não estamos perante um direito absoluto. O princípio é o da total irrelevância para a relação laboral dos factos que digam respeito à vida privada do trabalhador, porém se tais factos relevarem para a continuidade da relação laboral, por serem suscetíveis de afetar de forma negativa a relação, poderá haver lugar a sanções disciplinares⁴⁰. Nestes casos o

³⁷ Dray, Guilherme, *O Princípio da Proteção...*, p. 365.

³⁸ Abrantes, José João, *Princípio da proporcionalidade...*, pp. 319-320.

³⁹ Martínez, Pedro Romano, et. al, *Código do Trabalho – Anotado*, p. 153, 11ª edição, Lisboa, Almedina, 2017.

⁴⁰ Segundo José João Abrantes, mesmo nestes casos não estamos perante uma relevância direta dos factos atinentes à vida extraprofissional, mas sim a uma relevância meramente indireta uma vez que não são os factos que a ela se referem que serão objeto de procedimento disciplinar por incumprimento dos deveres

princípio irá ceder perante outros interesses quando estes últimos forem considerados superiores.

O princípio da separação entre a vida privada e a relação laboral, é limitado tendo em conta os deveres laborais de conduta e a existência de exigências de mútua colaboração⁴¹. A barreira entre a vida profissional e a vida privada não é facilmente delineada nem insuscetível de transposição, porém para estarmos perante uma situação que configure uma infração disciplinar os factos da vida privada do trabalhador terão que significar uma violação dos deveres contratuais. Esta violação apenas poderá ocorrer de forma indireta refletindo-se de forma negativa nas relações laborais, ou seja, não são os factos da vida privada que consubstanciam causa da infração, mas sim o seu reflexo no plano laboral⁴².

De entre os direitos fundamentais reconhecidos nos artigos 14º e seguintes, surge no artigo 16º do CT o direito à reserva da vida privada. À luz desta norma, estão vedados o acesso e a divulgação de informações sobre os factos irrelevantes para a prestação laboral e, por isso, em sede de direito laboral a total irrelevância de aspetos da vida privada do trabalhador deve ser a regra⁴³. Apenas se justifica a intromissão quando interesses superiores se imponham, nomeadamente quando estejamos perante factos que ponham em causa a relação de confiança entre as partes e quando sejam violados os princípios da mútua colaboração e lealdade⁴⁴. Nestes casos haverá lugar a infração disciplinar que poderá culminar em despedimento por justa causa⁴⁵.

A título de exemplo, o STJ considerou que integra justa causa de despedimento o trabalhador que tinha uma percentagem de 2,06 g/l de álcool no sangue durante o tempo de trabalho, sendo que desempenhava funções de operador de apoio a circulação de comboio, o tribunal entendeu que a conduta do trabalhador representava uma situação

contratuais, mas sim o seu reflexo negativo na relação laboral, vide, *Direitos Fundamentais da Pessoa Humana no Trabalho, em especial, a reserva da intimidade da vida privada (Algumas Questões)*, Lisboa, Almedina, 2014.

⁴¹ Segundo Guilherme Dray, o princípio da mútua colaboração e o princípio da lealdade preconizam um objetivo para a prestação da atividade laboral, mais do que desempenhar a sua atividade com zelo e diligência, o trabalhador deve contribuir para a produtividade da empresa. Não existe uma barreira intransponível entre a vida profissional e a vida pessoal do trabalhador. No domínio jus laboral, o princípio da mútua colaboração aliado ao dever de lealdade impõe um afastamento da conceção deste direito à luz do “*right to be let alone*”, vide, *Justa Causa...*, p. 54.

⁴² Abrantes, José João, *Direitos Fundamentais...* p.24.

⁴³ Dray, Guilherme, *Justa Causa...*, p. 59.

⁴⁴ Dray, Guilherme, *ibid.* p. 54.

⁴⁵ Segundo José João Abrantes, os factos da vida privada do trabalhador apenas serão relevantes quando exista uma ligação direta com as suas funções e que possam perturbar a entidade empregadora e o correto desenvolvimento das prestações contratuais, in *Direitos Fundamentais...*, p. 24.

suscetível de quebrar a confiança entre as partes⁴⁶. Nesta matéria, Amadeu Guerra diz-nos que se justifica a limitação do direito de privacidade quando os factos relacionados com o consumo de álcool tenham repercussões negativas nas relações de trabalho⁴⁷, hajam razões de interesse público ou outros interesses constitucionalmente consagrados. Neste contexto admite-se que em algumas profissões possam ser tomadas medidas de vigilância nomeadamente realização de testes de alcoolémia para proteger a integridade física do trabalhador e de terceiros.

4.1.1. O dever de informação do candidato a emprego e do trabalhador

O contrato de trabalho, como qualquer outro contrato bilateral, acolhe duas ou mais partes e determina a existência de interesses tendencialmente divergentes. No plano jus laboral, o empregador visa a maximização do lucro e a satisfação dos interesses subjacentes à unidade produtiva, enquanto que do lado do trabalhador o que está em causa é a obtenção do maior rendimento possível para o seu sustento e da sua família⁴⁸. Enquanto negócio jurídico bilateral e obrigacional é-lhe aplicável o regime geral nesta matéria, nomeadamente as regras relativas à formação do contrato, autonomia privada, cumprimento e não cumprimento das obrigações.

Para além das regras gerais do negócio jurídico e do direito das obrigações há que ter em conta o regime próprio a que obedece o contrato de trabalho. No campo jus laboral os interesses em presença são finalisticamente diferentes⁴⁹, a atividade laboral é prestada em regime de subordinação e a relação contratual é manifestamente desigual desde o momento da formação até ao momento da sua cessação. Esta relação contratual desigual é especialmente visível no processo de formação do contrato de trabalho, segundo Guilherme Dray estamos perante uma posição de clara supremacia do empregador que “*dispõe da possibilidade de impor o conteúdo do potencial contrato de trabalho da forma que melhor lhe convier, nomeadamente e em especial do ponto de vista retributivo*”⁵⁰. Do lado oposto, o candidato a emprego que disponibiliza a sua força de trabalho encontra-se numa posição em que dificilmente poderá fazer exigências

⁴⁶ Acórdão do STJ, de 27 de abril de 2006, processo 05S4320.

⁴⁷ Guerra Amadeu, *A privacidade no local de trabalho, As novas tecnologias e o controlo dos trabalhadores através de sistemas automatizados, Uma abordagem ao Código do Trabalho*, p.264, Coimbra, Almedina, 2004

⁴⁸ Dray, Guilherme, *Princípio da proteção...*, p. 363.

⁴⁹ Dray, Guilherme, *ibid.* p. 363.

⁵⁰ Dray, Guilherme, *Breves notas...*, p. 79.

relativas à proposta feita pelo empregador. Esta desigualdade entre as partes põe em causa a liberdade contratual do trabalhador enquanto parte contraente mais débil e justifica a intervenção do Direito do Trabalho para a sua proteção⁵¹.

É entendimento pacífico que é na fase pré-contratual que o indivíduo se encontra mais vulnerável. Para além de se encontrar em situação de desemprego também não existe um contrato de trabalho e como tal, à partida, não lhe seria aplicável a proteção concedida pelas normas do Direito do Trabalho. Porém o CT, não ignorando esta fase de maior desproteção, consagra no seu artigo 102º deveres de conduta pré-contratuais para ambas as partes. Prevê a observância dos ditames do princípio da igualdade relativamente ao candidato ao emprego de acordo com o disposto no artigo 23º do CT e a vinculação ao disposto nos artigos 14º e seguintes do CT quanto aos direitos de personalidade.

A aplicação do regime geral ao contrato de trabalho, implica desde logo a observância do artigo 227º do CC. Esta norma determina o cumprimento de determinadas condutas subordinadas ao princípio da boa fé, sob pena de responsabilidade civil pré-contratual. Do instituto da *culpa in contrahendo*, resultam deveres pré contratuais de segurança, informação e lealdade e, enquanto manifestação do princípio da boa fé, a exigência do respeito dos princípios da tutela da confiança e da primazia da materialidade subjacente.

No CT, o artigo 102º acolheu a culpa na formação do contrato, impondo a atuação de acordo com a boa fé e, consequentemente, impondo limites às partes durante a negociação do contrato de trabalho. Assim, na fase de formação do contrato de trabalho ambas as partes têm deveres correlativos de informação e de lealdade.

Face ao exposto, podemos afirmar que do instituto da *culpa in contrahendo* resultam deveres de segurança, informação e lealdade reforçados para a tutela da parte mais fraca da relação contratual. Porém, esta tutela destina-se à proteção dos interesses de natureza patrimonial das partes⁵², no que respeita à proteção contra atos discriminatórios a mesma é operada através da Constituição e do seu artigo 13º que fixa a vinculação ao princípio da igualdade.

⁵¹ Dray, Guilherme, Breves notas...

⁵² Dray, Guilherme, *O Princípio da proteção...*, p. 549.

Desta forma, como explica Guilherme Dray⁵³, a tutela do trabalhador deve ser levada a cabo por das vias: os seus interesses patrimoniais encontram proteção junto do instituto da *culpa in contrahendo* e do princípio da boa fé e a tutela da dignidade humana resulta da aplicação dos direitos fundamentais e dos regimes especiais previstos no Código do Trabalho. A proteção contra atos discriminatórios é operada através do disposto no artigo 13º da Constituição e a proteção dos direitos de personalidade resulta do artigo 26º da Constituição e dos artigos 14º e seguintes do CT que têm como fim a proteção de bens pessoalíssimos relativos à integridade física e moral, reserva da intimidade da vida privada e proteção de dados pessoais.

A tutela imposta pela boa fé e pelo instituto da culpa in contrahendo bem como a tutela imposta pelos direitos fundamentais e pelos direitos de personalidade⁵⁴, colocam-nos alguns pontos de partida, nomeadamente a vinculação das partes, resultante do dever de informação, à troca de informações acerca de todos os elementos necessário à formação do contrato. No que respeita ao trabalhador o artigo 106º nº 2 do CT vincula-o ao esclarecimento sobre questões relevantes para a prestação laboral. A norma não concretiza o que considera “aspetos relevantes”, porém, entende-se ser pacífico que falamos desde logo de aspetos como a habilitação académica, competências e qualificações técnicas bem como às situações que obstem ao exercício da atividade para que se candidata ou para a qual já foi contratado. Este dever de informação não é ilimitado, o empregador não pode solicitar todas as informações que entender apenas porque as considera relevantes à luz do artigo 106º nº 2 CT. Não é ao empregador que cabe a definição dos limites deste conceito indeterminado, estes são impostos pelos direitos de personalidade, nomeadamente pelo disposto no artigo 16º do CT, acerca da reserva da intimidade da vida privada e o disposto no artigo 17º acerca da proteção dos dados pessoais do trabalhador.

Não obstante as considerações anteriores, não podemos esquecer que estamos perante a existência de deveres recíprocos destinados à correta formação da vontade de contratar e que o empregador, no processo de formação do contrato de trabalho, tem o interesse em

⁵³ Para a distinção entre bens pessoais e bens pessoalíssimos *vide* Guilherme Dray, *Justa Causa...*, p. 41.

⁵⁴ Para a distinção entre direitos fundamentais e direitos de personalidade *vide* Guilherme Dray, *Justa Causa...*, p. 41.

encontrar e contratar o melhor candidato para o desempenho da atividade laboral, interesse este também tutelado pelo ordenamento jurídico⁵⁵.

Quer no momento da celebração quer no momento da execução, o artigo 102º do CT, acolhe expressamente o princípio geral da boa fé como princípio estruturante da relação laboral, adquirindo especial relevância a aplicação deste enunciado normativo na fase pré-contratual. Isto porque, não nos podemos esquecer que todo o processo de recrutamento visa identificar a pessoa mais qualificada para a atividade em causa. Para determinar a vontade de contratar, o futuro empregador irá procurar munir-se de todo o manancial de informação possível e por isso, esta fase será aquela que maior perigo representará para a reserva da intimidade da vida privada do indivíduo⁵⁶.

O dever de informação vem consagrado no artigo 106º do CT e destina-se à observância quer pelo trabalhador quer pelo empregador, embora não possamos falar de deveres simétricos uma vez que, como já referido, estamos perante uma relação desigual⁵⁷. Falamos de um dever que tem objetivos distintos conforme o seu destinatário, as informações prestadas pelo empregador relevam para a formação da vontade negocial e clarificação do conteúdo do contrato, por sua vez a informação prestada pelo trabalhador é relevante apenas para efeitos de formação da vontade negocial⁵⁸.

O âmbito da indagação feita pelo empregador está limitado pelo artigo 106º CT aos “*aspetos relevantes para a atividade laboral*”. A utilização deste conceito indeterminado tem suscitado dúvidas sobre a fronteira entre a legitimidade e ilegitimidade de determinadas questões a candidato a emprego. A disposição normativa em causa circunscreve a exigibilidade da informação aos factos relevante para a aferição da capacidade física ou psíquica do trabalhador para desempenho das funções, falamos de uma conexão objetiva e funcional não bastando que se verifique uma ligação

⁵⁵ O artigo 61º nº 1 da CRP dita que “*A iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral.*”.

⁵⁶ Gomes, Júlio Vieira, *Direito do Trabalho*...

⁵⁷ Vide, Guilherme Dray, Breves notas sobre....

⁵⁸ Júlio Gomes, citando Craig, indica que o perigo de ser sujeito a testes genéticos é mais elevado para os candidatos a emprego do que para os trabalhadores. Para este autor o grau de proteção deve ser o mesmo porque os direitos humanos não devem depender da natureza da relação jurídica, sendo suficiente a existência de assimetria do poder, não sendo possível alegar que o candidato a emprego pode sempre afastar-se se não pretender sujeitar-se a determinados testes. O empregador oferece ao público um bem, que se reveste de grande importância e os candidatos podem ser pressionados a aceder às solicitações do futuro empregador por força da sua necessidade em obter trabalho vide, *Direito do Trabalho, Volume I- Relações Individuais de Trabalho*, p. 346.

meramente remota com a atividade a desempenhar⁵⁹. A doutrina aponta vários critérios para determinar a relevância das informações a prestar pelo trabalhador:

Segundo Teresa Coelho Moreira⁶⁰, na fase pré-contratual o empregador apenas pode indagar acerca dos factos que estejam ligados à atividade profissional e à idoneidade do candidato para ocupar o posto em causa. O juízo é feito através do recurso a critérios de finalidade e pertinência e o dever de resposta do candidato deve ser aferido de acordo com os ditames da boa fé, prestando informação útil para uma celebração esclarecida do contrato de trabalho.

Para Sara Apostolides⁶¹, o empregador pode colocar questões ao trabalhador, incluindo sobre facto que digam respeito a aspetos que digam respeito à vida privada, devendo o trabalhador responder. O dever de resposta às questões formuladas pelo empregador recai apenas sobre os aspetos relevantes para a prestação laboral⁶², ou seja, aqueles que respeitem aos interesses legítimos do empregador, que deverão ser objetivamente cognoscíveis ou efetivamente conhecidos pelo empregador.

Segundo Maria do Rosário Palma Ramalho, a informação deve limitar-se aos aspetos relevantes para o desempenho adequado da prestação laboral⁶³

No que diz respeito às questões relativas ao estado de saúde e a aspetos da vida pessoal que não têm relevância para a prestação laboral, o trabalhador não está obrigado a expor espontaneamente circunstâncias que o possam vir prejudicar sem uma questão prévia do empregador desde que pudessem ou devessem ser conhecidos por este⁶⁴.

Para a prestação da atividade, o trabalhador tem que estar apto física e psiquicamente sob pena de incorrer em responsabilidade civil. A título de exemplo, o trabalhador que se encontrava em convalescença na fase de recrutamento e omitiu tal facto ao empregador significando um conjunto de faltas consecutivas às convocatórias para o início de funções e a informação *a posteriori* da impossibilidade para o desempenho das

⁵⁹ Ramalho, Maria do Rosário Palma, *Direito do Trabalho, Parte II, Situações Laborais Individuais*, pp. 134 e seguintes, 6ª Edição, Almedina, 2016.

⁶⁰ Moreira, Teresa Coelho, *Da esfera privada do trabalhador...*, p. 529.

⁶¹ Apostolides, Sara Costa, *Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho*, p. 230, Lisboa, Almedina, 2008.

⁶² A autora alerta para a diferença entre as informações relevantes para a prestação laboral e os aspetos relevantes para a definição da vontade contratual do empregador, estas últimas podem ser questões de qualquer ordem e o juízo da sua relevância é feito pelo empregador.

⁶³ Ramalho, Maria do Rosário Palma, *Direito do Trabalho...*, p.137. Segundo a autora, em princípio o candidato a emprego ou trabalhador não têm que informar sobre aspetos atinentes à vida pessoal, familiar ou íntima nem aspetos relacionados com a vida social.

⁶⁴ Moreira, Teresa Coelho, *Da esfera privada do trabalhador...*, p. 529.

funções, inutiliza todo o processo de escolha de um trabalhador⁶⁵ levado a cabo pelo empregador.

No âmbito da execução do contrato de trabalho os deveres de informação assumem especial relevância devido ao princípio da mútua colaboração entre o trabalhador e o empregador, figurando enquanto deveres acessórios da prestação laboral. Estes deveres têm expressão legal no regime das faltas, no regime jurídico da segurança, higiene e saúde no trabalho e no aviso prévio nos casos de cessação do contrato de trabalho. No que respeita ao regime das faltas o artigo 248º n.º1 considera falta a ausência do trabalhador durante o tempo de trabalho, que poderá ser justificada ou injustificada conforme tenha ou não um dos motivos previstos no regime ou mesmo motivada por algumas das razões tipificadas, tal razão não tenha sido informada ao empregador com a antecedência mínima de cinco dias ou logo que possível nos casos de falta por motivo imprevisível, artigo 253º n.º 1 do CT, em cumprimento do dever de informação do trabalhador. No caso das faltas por doença o cumprimento do dever de informação obriga o trabalhador a comprovar a impossibilidade de prestar trabalho, por exemplo através da apresentação de atestado médico. Porém, uma vez que a observação por parte do médico se limita à doença do trabalhador e não à relação do estado de doença com a prestação laboral, o atestado médico pode não fazer prova suficiente, no entender do empregador, da impossibilidade da prestação e como tal pode ser exigida a verificação por parte do médico do trabalho à luz do artigo 254º n.º 3 do CT.

4.1.1.1. Resposta a questões ilícitas – o “direito à mentira”

Sabemos assim que existem questões que não devem ser submetidas pelo empregador ao candidato a emprego, mas e quando o faz? Diz-nos o ordenamento jurídico que o dever de informação não obriga o candidato a emprego a responder a questões que não estejam relacionadas com a atividade a prestar. Porém, alguma doutrina admite que este silêncio pode trazer consigo a exclusão do candidato e, por isso, defende a existência de um direito de mentir do candidato quando este se vê confrontado com perguntas sobre factos da vida privada sem qualquer relação com a atividade laboral. João Leal Amado⁶⁶

⁶⁵ Lourenço, Paula Lameira, *Os deveres de informação no contrato de trabalho*, p. 31, Relatório de Mestrado de Direito do Trabalho, ano letivo de 1998/99.

⁶⁶ Amado, João Leal, *Contrato de Trabalho*, pp. 179 e ss., 2.ª Edição, janeiro de 2010, publicação conjunta de Wolters Kluwer Portugal e Coimbra Editora.

defende, inclusive, que não só existe um direito a mentir na fase pré-contratual⁶⁷, uma vez que a boa fé não dita a resposta verdadeira a questões ilícitas, como também durante a execução do contrato se o trabalhador for confrontado com o mesmo tipo de questões numa lógica de desobediência legítima face a uma questão ilícita. Por sua vez, João Abrantes entende que não estamos perante a existência de um direito a mentir, mas sim de um direito a manter a reservada a intimidade enquanto parte do direito fundamental da reserva da intimidade da vida privada⁶⁸.

Amadeu Guerra, defende que devemos inserir nesta matéria uma distinção entre as perguntas que se relacionam com a aferição das características profissionais e aptidão do candidato e aquelas que não são pertinentes para a finalidade ou são proibidas ou discriminatórias⁶⁹. Segundo este autor, a falsidade em relação a aspetos determinantes para a prestação pode ser fundamento para determinar a invalidade do contrato, no que se refere aos aspetos não relevantes a falta à verdade por parte do candidato a emprego pode ser vista como um mecanismo de autodefesa, o facto de muitas vezes estarmos a falar de matérias cujo tratamento é em princípio proibido, justifica a atuação do candidato que se revela proporcional para a defesa dos seus direitos⁷⁰.

O ordenamento jurídico, em especial no ordenamento jus-laboral, não prevê qualquer “direito a mentir”, a mentira será em si mesma especialmente relevante neste âmbito onde o dever de lealdade predomina. Neste contexto a mentira consubstancia um comportamento violador da boa fé, uma situação de dolo nos termos dos artigos 253º e 254º do CC que dá ao empregador o direito de requerer a anulabilidade do contrato e é um comportamento contrário aos interesses do empregador⁷¹.

O que temos é uma pergunta ilegítima por parte do empregador e a possibilidade de abstenção de resposta por parte do candidato a emprego ou do trabalhador e, posteriormente, uma possível exclusão do indivíduo que se remeteu ao silêncio. Do lado do empregador, Sara Apostolides defende que também este, ao fazer uma pergunta ilegítima viola a boa fé, não podendo invocar a anulabilidade do contrato porque nos

⁶⁷ Segundo o autor, é na fase pré-contratual que o indivíduo está, mas desprotegido, sendo esta a fase mais propícia à existência de discriminação e como tal, é necessário proteger a posição negocial do candidato a emprego. O direito ao silêncio perante uma questão ilícita não é, no seu entender, meio de proteção bastante porque segundo o próprio “*o empregador pergunta, o candidato cala, o emprego esfuma-se...*”.

⁶⁸ Abrantes, José, *Direitos Fundamentais...* p. 31.

⁶⁹ Guerra, Amadeu, *A Privacidade no Local de Trabalho-As novas tecnologias e contrato dos trabalhadores através de sistemas automatizados. Uma abordagem ao Código do Trabalho*, Lisboa, Almedina, 2004.

⁷⁰ Guerra, Amadeu, *ibid.* pp. 165 e 166.

⁷¹ Apostolides, Sara Costa, *Do dever pré-contratual de informação...*, p.259.

termos do artigo 253º nº 2 do CC, o dolo só poderá ser considerado ilícito quando exista o dever de elucidar o declarante, o que aqui não se verifica porque a pergunta ilegítima recai sobre factos respeitantes à vida privada do candidato sem relevância para a prestação laboral⁷². A dificuldade reside em fazer prova, especialmente no caso do candidato a emprego, que a exclusão resultou do absentismo do candidato a emprego ou trabalhador perante a questão colocada pelo empregador.

Relativamente a este tema, mais concretamente no que se refere à informação genética e às questões relativas à fertilidade da candidata a emprego, a jurisprudência alemã adotou a possibilidade de ser dada uma resposta que não corresponda à realidade aquando uma pergunta ilícita sobre estas matérias⁷³, desde que o candidato assuma a responsabilidade da sua atuação percebendo que a descoberta da verdade pelo empregador pode levar, em casos extremos, à nulidade do contrato celebrado ou ao despedimento⁷⁴. Segundo Juan González, a admissibilidade de um direito a mentir deverá ser aferida tendo em conta o caso concreto, nomeadamente a pergunta feita ao candidato a emprego ou ao trabalhador. Assim, se a pergunta se referir a uma situação laboral concreta em que estas informações são imprescindíveis, não será admissível uma resposta desfasada da realidade, por outro lado se a justificação para uma questão à partida ilegítima se fundar em aspetos relacionados com a atividade da empresa ou com a possibilidade de desempenhar mais que uma função numa lógica de troca frequente de posto de trabalho, já não estaremos perante uma resposta que deva ser encarada como uma violação do dever da boa fé⁷⁵.

Se por um lado estamos perante a reação do candidato a emprego a uma pergunta ilegítima, encarada por alguma doutrina como um meio para preservar a reserva da intimidade da vida privada e prevenir práticas discriminatórias⁷⁶, por outro a falta com a verdade na fase pré-contratual obsta a uma correta formação da vontade de contratar e durante a execução do contrato representa uma violação do dever da lealdade, cuja

⁷² Apostolides, Sara, *Do dever pré-contratual...*, p. 260.

⁷³ Fernández Domínguez, Juan José, *Pruebas Genéticas en el Derecho del Trabajo*, Estudios de Derecho Laboral, Civitas Ediciones, Madrid, 1999.

⁷⁴ Fernández, José, *ibid.* p. 195.

⁷⁵ O autor fala do direito a mentir apenas no âmbito da informação a genética do candidato a emprego ou trabalhador, segundo o mesmo, neste âmbito justifica-se a existência de um direito a mentir nas condições supra descritas uma vez que, quando falamos deste tipo de informação, na maioria dos casos estamos perante meras perspetivas acerca de situações futuras que justificam a dúvida razoável sobre um determinado estado de coisas. Desta forma, e uma vez que a mera dúvida pode fundar situações de discriminação o dever de lealdade irá ceder perante o caso concreto cfr., *Pruebas Genéticas...*, p. 196.

⁷⁶ Amado, João Leal, *Contrato de Trabalho, Noções Básicas*, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2016.

configuração é mais exigente no decurso da relação laboral⁷⁷. O artigo 128º nº 1 alínea f) do CT estabelece que a relação laboral deve ser pautada pela observância de comportamentos leais. A jurisprudência nacional entende que este dever decorre da estreita relação de confiança entre as partes, recaindo sobre o trabalhador o dever de observar uma conduta que não seja suscetível de criar no empregador dúvidas sobre a idoneidade dos comportamentos do trabalhador, uma vez que a confiança é considerada como indispensável para a manutenção das relações de trabalho⁷⁸. Fala-se da existência de um dever geral de lealdade. À luz deste dever, para além dos dois deveres específicos de não concorrência e de sigilo que compõem o dever de lealdade do artigo 128º nº 1 alínea f) do CT, deverá, também, verificar-se a abstenção de comportamentos que coloquem causa os interesses do empregador ou da unidade produtiva⁷⁹.

Quando não estão em causa matérias relevantes para a prestação a atividade laboral a solicitação por parte do empregador ao trabalhador ou candidato a emprego de informação respeitante à vida privada é ilegítima e não se pode verificar justa causa de despedimento por terem sido postas em causa as relações de confiança identificadas como indispensáveis para a manutenção da relação laboral, mesmo quando falamos de “integridade, lealdade e absoluta confiança de/na pessoa contratada”⁸⁰. Isto porque os deveres de informação e de lealdade que constituem o instituto da culpa in contrahendo estão limitados pelos direitos de personalidade consagrados nos artigos 14º e seguintes do CT e a observância das disposições legais⁸¹.

⁷⁷ Acórdão do STJ de 08 de fevereiro de 2012, processo 3061/03.7TTLSB.L1-4, o tribunal entende que o dever de lealdade decorre de uma estreita relação de confiança entre as partes em que se acentua o elemento fiduciário.

⁷⁸ Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa de 08 de fevereiro de 2012, proc. 3061/03.7TTLSB.L1-4; Acórdão do Tribunal de Relação de Coimbra de 05 de dezembro de 2012, proc. 728/11.0T4AVR.C1; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09 de setembro de 2015, proc. 477/11.9TTVRL.G1. S1.

⁷⁹ No que respeita às pessoas coletivas Maria Clara Sottomayor afirma que os trabalhadores que desempenham cargos de maior responsabilidade têm um dever acrescido de lealdade, entrando em incumprimento quando não respeitem os fins da pessoa coletiva vide “Dever de lealdade dos trabalhadores e tutela do fim das pessoas coletivas”, in António Monteiro Fernandes (org.), Para Jorge Leite”, Coimbra Editora, Coimbra, 2014 e Ac. STJ, de 05 de junho de 2013, processo 192/10.0TTVNF.P1S1.

⁸⁰ Ac. Tribunal da Relação de Guimarães de 05 de dezembro de 2012 proc. 728/11.0T4AVR.C1.

⁸¹ O TEDH entendeu no caso *Heinich v. Germany*. Processo 28274/08 de 21 de julho de 2011, que as queixas de trabalhadores relativas a condutas que podem vir a merecer a tutela tendo em conta as circunstâncias do caso concreto. Na jurisprudência nacional, o entendimento vai no sentido de considerar que as questões de interesse público relevante e superior excecionam o dever de sigilo – para mais detalhes sobre o dever de lealdade e o dever de sigilo vide Júlio Manuel Vieira Gomes, Um direito de alerta cívico do trabalhador subordinado? (ou a proteção laboral do whistleblower) pp. 127-160, in *Revista de -Direito e de Estudos Sociais, ano LV (XXVIII da 2ª série) Nº 1-4*, janeiro-dezembro de 2014, Almedina, Lisboa, 2014.

Quer ao trabalhador quer ao candidato a emprego não assiste um direito a mentir, porém também nos parece insuficiente a tutela conferida pela possibilidade de abstenção de resposta. Quando mente no contexto de uma relação laboral o trabalhador viola o seu dever de colaboração, na fase pré-contratual a resposta incorreta à pergunta do empregador consubstancia uma violação do dever de lealdade, e assim, em ambos os casos estamos perante um ato contrário aos ditames da boa fé. O que existe para os casos em discussão é a reação a uma pergunta ilegítima, reação essa que não deverá ser chamada à colação para efeitos de responsabilidade civil do trabalhador ou responsabilidade civil pré-contratual no caso do candidato a emprego⁸².

4.2. Os meios de tutela judicial da privacidade do trabalhador

O artigo 70º nº 2 do CC estabelece três formas de tutela dos direitos de personalidade: responsabilidade civil, providências cautelares preventivas e providências cautelares atenuantes. A responsabilidade civil será efetivada através do disposto nos artigos 483º e 484º do CC, ao passo que as providências cautelares concretizar-se-ão através do processo especial de tutela da personalidade previsto nos artigos 878º a 880º do CPC.

O CPC prevê um processo especial para a tutela dos direitos de personalidade, é este o meio processual idóneo para requerer a providências adequadas para evitar a consumação de ameaça ou atenuar os efeitos de uma ofensa já cometida a direitos de personalidade, surgindo como o procedimento a desencadear no contexto do disposto pelo artigo 70º nº 2 do CC.

No que se refere à tutela cautelar, quando um direito de personalidade se encontra sobre ameaça ou já foi atingido, será através do processo especial da tutela da personalidade que se devem requerer as providências preventivas ou atenuantes, intervindo a tutela quer antes quer depois da ofensa ao direito, fazendo-a cessar a ameaça ou atenuando os efeitos da sua ofensa. Para haver lugar ao decretamento da providência cautelar, dita o artigo 878º CPC que a ofensa ou a ameaça de ofensa à personalidade deve ser ilícita, deverá verificar-se um facto humano, voluntário e ilícito, não sendo indispensável que se verifique a culpa do agente nem que se verifiquem danos, uma vez que nas

⁸² Mendes, Marlene Alexandra Ferreira, que defende que a mentira poderá ser justificada como meio de defesa contra agressões infringidas por terceiros se respeitado o princípio da proporcionalidade e da necessidade, cfr., O direito mentira da trabalhadora grávida, pp. 51-100, in *Data Venia, Revista Jurídica Digital*, Ano 1, nº 2, janeiro-junho de 2013.

providencias preventivas o dano ainda não se verificam, destinando-se apenas a fazer cessar a ameaça.

Foi com inspiração neste tipo de processo surgiu um novo processo especial de tutela da personalidade. O trabalhador que veja ameaçado ou violado algum dos direitos de personalidade previstos nos artigos 14º a 22º do CT, pode lançar mão do processo especial de tutela da personalidade do trabalhador previsto nos artigos 186º-D a 186º-F do CPT. Este processo tem natureza urgente e destina-se a tutelar os direitos de personalidade e resulta da necessidade de conferir ao trabalhador meios processuais para o exercício dos direitos de personalidade. O pedido deve ser colocado contra o empregador, se o autor da ameaça ou ofensa for pessoa distinta do empregador a ação deverá ser intentada contra o autor da ofensa ou ameaça e do empregador em litisconsórcio, isto porque o direito de personalidade foi lesado no contexto laboral e é o empregador que é responsável por proporcionar boas condições de trabalho e é quem detém o poder para conformar o comportamento do infrator⁸³.

4.3.A proteção de dados dos trabalhadores

A evolução tecnológica trouxe consigo a utilização crescente e constante de meios que permitem o armazenamento e processamento dos vestígios que resultam da utilização destes meios. São os denominados dados que segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira se traduzem na representação de informação sob forma digital ou analógica que possibilita o seu tratamento automático⁸⁴. Falamos do registo e tratamento de dados como os sites visitados na internet, ou a informação sobre a saúde do utente armazenado em chips. O receio de uso abusivo e violador de direitos fundamentais como a reserva da intimidade da vida privada e a liberdade, levou ao reconhecimento e subsequente garantia de um conjunto de direitos fundamentais que visam proteger o indivíduo do tratamento de dados pessoais. Para os mesmos autores, esta proteção encerra três direitos: direito de acesso aos registos informáticos que contêm dados pessoais e à sua retificação e complementação; direito a sigilo dos dados pessoais e não interconexão dos mesmos; e direito ao não tratamento informático de determinadas categorias de dados. Em conjunto, estes direitos consagram o direito do indivíduo à autodeterminação informacional que, assim, se resume no direito de cada um controlar a informação

⁸³ Acórdão, TRL, proc. 31947/15.9T8LSB.L1-4, de 29 de junho de 2016.

⁸⁴ Moreira, Vital; Canotilho, José, *Constituição da República Portuguesa*, p. 550.

disponível a seu respeito⁸⁵. A recolha de dados pessoais tem sempre que ser presidida de um fim que deverá obedecer às exigências constitucionais de legitimidade, determinabilidade, explicitação, adequação e proporcionalidade, exatidão e atualidade e limitação temporal de forma a evitar o tratamento com fins ilegítimos⁸⁶.

A constituição reserva à lei quer a definição de dados pessoais quer a criação do seu regime jurídico, porém não pode a lei afastar da qualificação enquanto tal da informação a que se refere o n.º 3 do artigo 35.º da CRP e a informação que respeita à esfera dos direitos pessoais do artigo 26.º da CRP. Para a proteção desta informação na revisão constitucional de 1997 fez-se alusão específica à proteção através de uma entidade administrativa independente, tendo sido posteriormente criada a CNPD.

Para além do disposto no texto constitucional, a proteção de dados pessoais encontra-se prevista em vários instrumentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto Internacional relativos aos Direitos Cíveis e Políticos e, do direito europeu, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e no Tratado de Funcionamento da União Europeia, cujo artigo 16.º estabelece o direito à proteção de dados pessoais.

No plano infraconstitucional, o artigo 70.º do CC, na sua cláusula geral de proteção prevê o direito à autodeterminação quanto aos dados pessoais, é, porém, a Lei n.º 67/98, de 26 de outubro que transpõe a Diretiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, que trata especificamente esta matéria.

Em vigor desde 1998, objeto de alteração pela Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto, a Lei de Proteção de Dados Pessoais surgiu para obedecer às exigências de transposição do direito comunitário. A diretiva supramencionada tinha a finalidade uniformizar a legislação dos estados-membros em matéria de tratamento de dados pessoais, quer informatizado quer manual, garantindo que todos os estados-membros da União Europeia consagrassem um regime jurídico que assegurasse o respeito pelos direitos, liberdades e garantias em especial o direito à reserva da intimidade da vida privada. Para a proteção da informação pessoal são consagrados os princípios da adequação dos dados recolhidos em relação à finalidade da sua recolha, finalidade essa que deverá ser explícita, legítima, determinada e atual, sempre dependente de consentimento do titular

⁸⁵ Moreira, Vital; Canotilho, José, *ibid.* p. 551.

⁸⁶ Guerra, Amadeu, *A Privacidade no local de trabalho...*, p. 51.

dos dados nas situações em que estejam em causa dados que ponham em causa liberdades fundamentais ou o direito à reserva da intimidade da vida privada ou da existência de uma situação jurídica vinculativa ou interesse legítimo.

A LPDP cessou a sua vigência a 25 de maio de 2018 em consequência da entrada em vigor do RGPD.

4.3.1. A proteção de dados dos trabalhadores no Código do Trabalho

No que se refere à proteção de dados do trabalhador o Código do Trabalho tem duas normas essenciais. São eles o artigo 17º sob a epígrafe “Proteção dos dados pessoais” e o artigo 19º sob a epígrafe “Testes e exames médicos”.

Aquando do processo de aprovação do CT de 2003, a norma do artigo 17º nº 2 foi objeto de pedido de fiscalização da constitucionalidade por eventual violação dos artigos 26º e 18º nº 2 da CRP.

Segundo o Presidente da República a norma não observava os princípios de determinabilidade e indispensabilidade exigidos pelo artigo 18º nº 2 da Constituição para a restrição de direitos fundamentais. Esta inobservância devia-se ao recurso à utilização de conceitos indeterminados e ao facto de não ter em conta a existência de meios menos restritivos. Para mais deixava a decisão de cedência de informação sobre a saúde do trabalhador nas mãos do empregador por ser a este que cabia concretizar o conceito de particulares exigências sem qualquer intervenção de médico ou enquadramento pelos serviços de segurança, higiene e segurança no trabalho, bastando a comunicação da aptidão do trabalhador sem existirem razões que fundamentassem a necessidade de o empregador conhecer os dados relativos à saúde do trabalhador⁸⁷.

Apesar de reconhecer que os dados relativos à saúde do trabalhador dizem respeito à intimidade da sua vida privada, quer estejamos perante a exigência de testes e exames médicos, ao abrigo do artigo 19º nº 1 do CT, quer perante a exigência de prestação de informações acerca do estado de saúde no âmbito do artigo 17º do CT, o Tribunal não se pronunciou pela inconstitucionalidade da primeira parte da norma entendendo que o direito de proteção da saúde justifica a restrição ao direito à reserva da intimidade da vida privada em benefício do trabalhador e de terceiros.

⁸⁷ Acórdão do Tribunal Constitucional nº 306/2003, de 25 de junho, processo 382/03.

De acordo com o tribunal, os princípios de necessidade e proporcionalidade aplicáveis à recolha de dados seriam também aplicáveis ao artigo 17º do CT, como tal o empregador apenas poderia solicitar ao trabalhador as informações que se revelassem necessárias para avaliar a aptidão para a execução da prestação laboral, sendo que as informações relativa a dados de saúde e estado de gravidez só podem ser solicitadas quando especiais exigências inerentes às particularidades da prestação o justifiquem.

Embora o nº 2 do artigo 17º exigisse que as informações relativas à saúde e estado de gravidez fossem prestadas a um médico, a norma não ditava a necessidade de enquadramento no âmbito das atividades de higiene e saúde no trabalho, o que colocava a questão de saber se esta exigência pela parte empregadora podia ser feita a todo o tempo e em qualquer fase da relação jurídica, desde que se verificasse a subscrição do médico.

O TC, pronunciou-se pela inconstitucionalidade da segunda parte do nº 2 do artigo 17º do CT que permitia o acesso de forma direta, pelo empregador, a dados relativos à saúde ou ao estado de gravidez do trabalhador ou candidato a emprego por se entender que esta permissão violava o princípio da proporcionalidade, na sua vertente do princípio da proibição do excesso.

Quanto ao artigo 17º do CT de 2009, este corresponde ao disposto no mesmo artigo do CT de 2003, tendo apenas sido alterado o atual nº 2 que correspondia ao nº 3 do artigo 17º no Código de 2003. Esta disposição havia sido alterada logo em 2003 em consequência do pedido de apreciação da constitucionalidade no âmbito do processo de aprovação do CT de 2003, por eventual violação dos artigos 26º e 18º da CRP⁸⁸.

Em razão da pronúncia do TC a redação final da norma a consagrou a regra de que as informações exigidas apenas são prestadas ao médico que emitiria apenas um juízo de aptidão ou inaptidão, salvo autorização do candidato a emprego ou trabalhador. Esta autorização foi suprimida no CT de 2009, o que implica que o empregador não terá acesso à informação relativa ao estado de saúde, prestada pelo trabalhador ou candidato a emprego a médico mesmo que o trabalhador ou candidato a emprego expresse o seu consentimento.

⁸⁸ No decreto da Assembleia da República nº 51/IX que aprovou o Código do Trabalho de 2003 o artigo 17º nº 2 tinha a seguinte redação: “*O empregador não pode exigir ao candidato a emprego ou ao trabalhador que preste informações relativas à sua saúde ou estado de gravidez, salvo quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade profissional o justifiquem e seja fornecida por escrito a respetiva fundamentação.*”.

O artigo 17º nº 2 do Código do Trabalho de 2009 tem a seguinte redação: “*As informações previstas na alínea b) do número anterior são prestadas a médico, que só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto a desempenhar a atividade.*”.

O artigo 17º do CT de 2009 desenha dois cenários em matéria de dados pessoais: por um lado delimita pela negativa as informações que podem ser exigidas ao trabalhador e ao candidato a emprego e, por outro, regula o regime de proteção dos dados pessoais cedidos ao empregador⁸⁹. Através do artigo 17º do CT ficam abrangidos quer os trabalhadores quer os candidatos a emprego e, como tal, todo os atos que integrem o processo de formação do contrato de trabalho.

O regime introduzido pelo artigo 17º do CT consagra o princípio geral de que o empregador não pode exigir que sejam prestadas informações sobre a vida privada, estado de saúde e estado de gravidez exceto se preenchidos determinados requisitos cumulativos⁹⁰. Assim, apenas podem ser exigidas informações relativas à vida privada do trabalhador ou candidato a emprego quando estas sejam necessárias para avaliar a aptidão para o desempenho da prestação laboral e desde que o fundamento para tal exigência seja fornecido por escrito, de acordo com o disposto no artigo 17º nº 1 alínea a) do CT. Quanto às informações relativas ao estado de saúde ou ao estado de gravidez, os requisitos a preencher são mais exigentes, é necessário que a entidade patronal fundamente, por escrito, a necessidade dessas informações com base em particulares exigências inerentes à atividade laboral e sempre com intermediação médica. A limitação do princípio geral do artigo 17º do CT deve obedecer aos princípios de proporcionalidade, necessidade e adequação.

No preceito em análise o legislador recorreu à utilização de conceitos indeterminados para introduzir as exceções ao princípio geral do artigo 17º do CT. O conceito das “particulares exigências inerentes à natureza da atividade profissional” introduz um critério que permite controlar se o conteúdo da informação solicitada não é superior a necessário para o desempenho da atividade em causa, permitindo a análise casuística nesta matéria.

Luís Gonçalves da Silva aponta os valores que podem justificar a solicitação de informação sobre gravidez ou estado de saúde. Segundo o autor estamos perante valores como a vida ou a integridade física do candidato ou de terceiros, uma vez que o indivíduo está colocado num contexto de constante relação com outros atores do contexto laboral cuja atividade desempenhada pode colocar em risco se for realizada sem verificadas as condições físicas necessárias para a segurança do trabalhador, do

⁸⁹ Martínez, Pedro Romano, et. al, Código do Trabalho... p. 155.

⁹⁰ Silva, Luís Gonçalves da, *Estudos de Direito do Trabalho*, vol. I, 2ª Edição, Lisboa, Almedina, 2008.

feto, no caso da mulher grávida, e de terceiros. O empregador apenas poderá solicitar a informação que já resultaria do dever de informação e que foi merecedora de consagração legal no artigo 17º do CT para conferir uma maior tutela em matérias delicadas como a gravidez e o estado de saúde⁹¹.

Os números 3 e 4 do artigo 17º do CT abordam a questão da proteção de dados pessoais, a propósito da utilização e do acesso opera a remissão para a legislação sobre a matéria nomeadamente a Lei nº 67/98 de 26 de Outubro, que transpõe a Diretiva nº 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24/10/1995 e, a partir de 25 de maio de 2018, para o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, que revoga a Diretiva nº 95/46/CE.

A LPDP avança com uma definição de dados pessoais, nos termos do artigo 3º alínea a) qualifica-se enquanto tal:

“qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respetivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável ('titular dos dados'); é considerada identificável a pessoa que possa ser identificada direta ou indiretamente, designadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social.”

Para a qualificação de determinada informação como dados pessoais a Diretiva 95/46/CEE, fixava no seu considerando 26 um critério de razoabilidade quanto aos meios utilizados para identificar o indivíduo. Eram assim considerados dados pessoais a informação que permitisse identificar uma pessoa singular tendo em conta os meios suscetíveis de serem razoavelmente utilizados⁹².

No conceito de dados pessoais inseriam-se os dados sensíveis⁹³ que eram objeto de uma proteção mais intensa, uma vez que a informação que estes podem revelar é merecedora de proteção constitucional no artigo 35º nº 3 da Constituição e no qual se incluem os

⁹¹ Luís Gonçalves da Silva, segundo o autor trata-se de fornecer informações que são elementos essenciais para uma correta definição da vontade de contratar.

⁹² Gonçalves, Anabela Susana de Sousa, Dados Pessoais de Natureza Genética – A base de dados genéticos para fins de identificação civil e a recolha e tratamento de dados genéticos para fins de saúde, pp. 161-182, in *Liber Amicorum Manuel Simas Santos*, Rei dos Livros, Lisboa, 2016.

⁹³ Nos termos do artigo 7º nº 1 da LPDP são considerados dados sensíveis os “dados pessoais referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem racial ou étnica, bem como o tratamento de dados relativos à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos”.

dados de saúde por estes se inserirem no âmbito do conceito de dados relativos à vida privada, conforme o disposto no Acórdão do TC nº 355/97 de 07 de maio, que considerou que os dados de saúde integram a categoria de dados relativos à vida privada.

A Diretiva e a LPDP cessaram a sua vigência a 25 de maio de 2018, data em que o RGPD entrou em vigor e a partir da qual a legislação interna apenas poderá complementar o disposto no Regulamento.

4.3.2. O RGPD e os dados dos trabalhadores

O RGPD surge no contexto da intensificação do intercâmbio de dados pessoais em resultado dos desenvolvimentos tecnológicos e da globalização. Esta evolução permitiu às entidades privadas e públicas a utilização de dados pessoais em grande escala, ao passo que, em simultâneo, as pessoas singulares disponibilizam cada vez mais as suas informações pessoais de forma pública e global.

Neste contexto o RGPD visa assegurar um elevado nível de proteção de dados pessoais e a livre circulação de dados, introduzindo mecanismos que a facilitam. A ideia que está subjacente é a de que as regras acerca do tratamento de dados pessoais deverão ser uniformes permitindo que determinado procedimento de tratamento considerado lícito em Portugal também o seja em qualquer outro Estado-membro facilitando a livre circulação da informação.

Uma das novidades do RGPD está relacionada com o seu âmbito de aplicação, desta forma, o regulamento europeu aplica-se aos responsáveis pelo tratamento de dados ao serviço de empresas e instituições que realizem tratamento de dados relativos a residentes na União Europeia independentemente do país em que se encontram sediadas. Outra das novidades é a exigibilidade, a todas as empresas e instituições que procedam ao tratamento de dados, da existência de um Encarregado de Proteção de Dados quando estejamos perante tratamento de dados em grande escala e em qualquer caso quando estejamos perante o tratamento de dados sensíveis.

São também introduzidos novos mecanismos de controlo de dados pessoais, nomeadamente o direito ao esquecimento e o direito à portabilidade⁹⁴. As empresas e

⁹⁴ O direito à portabilidade é um direito novo, uma vez que não existia autonomamente no ordenamento jurídico até ao surgimento do RGPD, considerando-se ser uma manifestação do direito à

entidades deverão, sob pena de responsabilidade civil, adotar medidas que assegurem o cumprimento dos princípios, direitos e garantias estabelecidos pelo RGPD, rejeitando os procedimentos apenas destinados a reagir em casos de infração. Desta forma estabelece medidas de segurança a observar pelas entidades, a obrigatoriedade de realização de ações de avaliação de impacto quando ocorram violações de segurança e a obrigatoriedade de notificação, dessas violações, às autoridades internas competentes bem como a exigência de promoção de elaboração de códigos de conduta.

A proteção de dados é uma matéria que ganha uma faceta muito relevante nas relações laborais. Os avanços tecnológicos facilitaram a recolha de dados e o controlo e vigilância dos trabalhadores alterando a visão sobre o tratamento de dados na empresa. A regra continua a ser a irrelevância dos factos que respeitam à vida privada dos trabalhadores, porém o contrato de trabalho legitima o acesso aos dados pessoais do trabalhador que podem ser considerados dados insuscetíveis de comunicação a terceiros e daí a necessidade de controlo destes dados para evitar que o tratamento propicie situações de discriminação.

No caso do contrato de trabalho, o tratamento informatizado de dados pessoais do trabalhador afeta não só o direito de reserva da intimidade da vida privada como também direito à igualdade e à não discriminação. No âmbito desta relação considera-se legítimo o tratamento de dados relevantes para o desempenho laboral, implicando a obediência ao princípio da proporcionalidade e na verificação de uma conexão entre a informação objeto de tratamento e o fim para que é recolhida⁹⁵.

No âmbito dos dados pessoais temos as denominadas categorias especiais de dados nas quais se inserem os dados de saúde e os dados genéticos. Nestes termos, os dados relativos à saúde são considerados como dados sensíveis e como tal, o seu tratamento é, em princípio, proibido. Os dados de saúde abrangem todo o tipo de informações direta ou indiretamente ligada à saúde, presente ou futura, de uma pessoa, quer se encontre

autodeterminação informativa. Está consagrado no artigo 20º do RGPD e previsto no considerando 68 e determina que o titular de dados pessoais pode solicitar que os dados cedidos ao responsável pelo tratamento, lhes sejam entregues ou que sejam transmitidos para outro responsável de tratamento, fazendo com que possa ocorrer a mudança de prestador de serviços sem que, simultaneamente, ocorra a perda dos dados do titular. Para o que aqui nos interessa, o direito à portabilidade comporta o risco de abuso do direito pelas entidades empregadoras através de inserção de cláusulas de exercício do direito pelo trabalhador que impliquem a portabilidade de dados para a nova entidade patronal, nomeadamente no que se refere aos dados de saúde.

⁹⁵ Guerra, Amadeu, *A Privacidade no local de trabalho...*, p. 146.

com vida ou tenha falecido, e a sua história clínica⁹⁶. Nesta definição incluem-se os dados genéticos, utilizados para fins médicos, uma vez que permitem identificar determinados quadros clínicos hereditários e características que podem propiciar o desenvolvimento futuro de determinadas patologias.

No plano jus laboral o tratamento dos dados sensíveis pode ocorrer sem necessidade de consentimento explícito, esta exceção decorre do tratamento de dados sensíveis quando estão em causa os interesses de terceiros, quando estes sejam relevantes no âmbito da legislação laboral e num contexto laboral que comporte riscos específicos.

Os diplomas que disciplinam os serviços de saúde e segurança no trabalho legitimam o tratamento dos dados de saúde pelo que é necessário pesar os interesses em causa, porque se por um lado não é possível defender uma reserva absoluta que se sobreponha à obrigação que recai sobre o empregador de desenvolver a sua atividade em condições de segurança, higiene e saúde no trabalho, por outro lado não podemos utilizar estas mesmas razões para permitir o acesso ilimitado por parte destes serviços que trabalham na dependência da entidade empregadora ou porque integram a sua estrutura ou porque por ela são contratados⁹⁷.

No que respeita ao direito interno, a Proposta de Lei nº 120/XIII apresentada pelo Governo à Assembleia da República, surge, segundo a exposição de motivos, para mitigar os encargos introduzidos pelos mecanismos do RGPD, soluções essas que são consideradas na proposta como, por vezes, desproporcionais e desadequadas às empresas portuguesas e para a Administração Pública, para que seja garantido o equilíbrio entre a proteção dos titulares de dados pessoais e a liberdade de iniciativa económica e a tarefa estadual de promoção do bem estar social.

Ao longo da exposição de motivos são enunciadas as novidades introduzidas pelo RGPD em relação à Diretiva, nomeadamente o estabelecimento de regras mais exigentes para o tratamento de dados pessoais sensíveis, a aplicação extraterritorial do RGPD, a figura do Encarregado da Proteção de Dados, a responsabilidade própria do subcontratante perante o titular de dados e a consagração dos direitos à portabilidade e o apagamento de dados.

⁹⁶ Artigo 2º da Lei 12/2005, de 6 de janeiro e Secção 45 da Memória Explicativa da Convenção nº 108 do Conselho da Europa, de 1981.

⁹⁷ Segundo os dados estatísticos a opção feita pelas empresas portuguesas tem sido no sentido de recorrer a serviços externos em detrimento do recurso a ao serviço interno – integrado na estrutura da empresa – ou o serviço comum – através de acordo com várias empresas vide Quadro 101 – Modalidades de organização dos serviços de segurança e saúde no trabalho, 2009-2013, in *Livro Verde sobre as Relações Laborais*, 2016.

Para o que interessa no âmbito do tema em análise, relativamente às relações laborais, o artigo 28º do projeto lei dispõe no seu nº 3 que consentimento do trabalhador só constitui fundamento de legitimidade para o tratamento de dados pessoais quando se traduza numa vantagem para o trabalhador ou nos casos em que o tratamento esteja abrangido pelo disposto no artigo 6º nº 1 alínea b) do RGPD, ou seja, quando seja necessário para a execução do contrato ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados.

O artigo 29º do projeto lei trata das categorias especiais de dados pessoais, estabelecendo uma exigência adicional em relação ao RGPD. A norma do projeto lei determina que o tratamento destes dados deve ser feito por um profissional obrigado a sigilo ou a dever de confidencialidade e designa as categorias de pessoas que estão sujeitas ao dever de sigilo, entre elas figuram todos os profissionais de saúde que tenham acesso a dados relativos à saúde.

A CNPD publicou no dia 02 de maio de 2018 o seu parecer acerca do projeto lei, discutido na Assembleia da República no dia 03 de maio de 2018. De entre as críticas avançadas pela CNPD destaca-se desde logo a crítica feita à razão avançada pelo Governo para o surgimento do RGPD, a entidade discorda do Governo quando este identifica as grandes empresas multinacionais que recolhem e utilizam intensivamente os dados pessoais. Segundo a CNPD o objetivo do Regulamento é o de conciliar a utilização de soluções tecnológicas em constante desenvolvimento e os riscos que significam para os direitos, liberdades e garantias.

No que se refere ao conteúdo normativo da proposta, de entre as críticas avançadas pela CNPD, destacamos o alerta para o facto de a lei não dispor especificamente sobre a proteção da vida privada, uma vez que a definição de um regime específico neste âmbito é uma exigência da CRP e da CEDH, apesar de o RGPD não deixar espaço aos Estados-membros para legislação sobre o catálogo de categorias especiais de dados do artigo 9º nº 1 do RGPD.

No âmbito das categorias especiais de dados, a CNPD alerta para o facto de distinguir entre as categorias de pessoas elencadas no artigo 29º nº 2 do projeto lei e a legitimidade para o tratamento, isto porque a legitimidade afere-se através da demonstração da necessidade do acesso a essa informação e não através das pessoas autorizadas para o tratamento. O que está em causa é uma questão de licitude do tratamento e não de legitimidade de quem trata dados pessoais. Ainda quanto ao artigo 29º, a CNPD alerta para o facto de a realização das tarefas previstas no nº 3 se basta

com o acesso a informação anonimizada pelo que o acesso a dados de saúde que permitem identificar o titular não será lícita no âmbito do RGPD.

Por fim, no que se refere ao artigo 30º, este dispõe acerca da criação de bases de dados de saúde, neste âmbito o alerta da CNPD centra-se na desconformidade desta norma com o RGPD, uma vez que não se encontra definido quem pode aceder a estas bases de dados e sobretudo qual a finalidade do tratamento destes dados, deixando a porta aberta para o tratamento de dados de saúde por qualquer entidade pública ou privada. Configura uma situação que comporta um risco especial ao permitir o tratamento de dados e criação de bases de dados especialmente sensíveis, uma vez que falamos de informação de saúde e nela se incluem dados que revelam a origem racial ou étnica bem como dados genéticos⁹⁸.

4.4. A informação de saúde

A saúde faz parte da individualidade do ser humano e como tal a informação sobre a mesma respeita à na sua vida privada, encontrando-se protegida pela tutela do direito de reserva da intimidade da vida privada⁹⁹. Desta forma, o direito inclui, por princípio, a proibição de ações que tenham o objetivo de aceder a informação relativa ao estado de saúde do indivíduo.

O direito à reserva da vida privada não é absoluto, o resguardo da informação sobre a saúde do trabalhador cede perante outros interesses constitucionalmente protegidos, tendo o TC considerado que a inaptidão do trabalhador para a prestação laboral por motivos de saúde integra uma restrição constitucionalmente admissível¹⁰⁰. Não obstante, para estarmos perante uma restrição admissível o estabelecimento de graus diferenciados de proteção da reserva da vida privada em compatibilização de direitos com o direito à saúde e a medicina no trabalho deverá sempre ser feito em obediência ao princípio da proporcionalidade. Ora o tratamento de dados de saúde deverá mostrar-se necessário, razoável e proporcional e, por isso, os dados recolhidos deverão incidir sobre as informações que possam pôr em causa a capacidade do trabalhador para o desempenho em específico da função que lhe foi atribuída em proteção da sua saúde e da saúde de terceiros.

⁹⁸ Parecer nº 20/2018, processo nº 6275/2018, acedido em 03 de maio de 2018 às 22:46h, disponível na internet, https://www.cnpd.pt/bin/decisoes/Par/40_20_2018.pdf.

⁹⁹ Acórdão do TC nº 355/97, de 07 de maio, processo 182/97.

¹⁰⁰ Acórdão do TC nº 368/02, de 25 de setembro, processo nº 577/98.

No contexto da medicina do trabalho não poder ser admitida a vigilância médica indiscriminada. Os poderes de direção e controlo do empregador não devem possibilitar a existência de sistemas ilimitados de vigilância e controlo da saúde dos trabalhadores¹⁰¹, os mesmos devem limitar-se ao necessário para o cumprimento do contrato a das obrigações que dele emergem para ambas as partes.

Em Itália, dispõe o artigo 5º do SL que os testes realizados no âmbito da medicina no trabalho devem ser executados por um instituto público, de alguma forma semelhante o artigo 13º do Decreto-Lei nº 12/2005 de 26 de janeiro, prevê no seu nº 5 que os testes genéticos executados no contexto laboral devem ser selecionados, oferecidos e supervisionados por uma agência ou entidade independente. Neste âmbito poderíamos equacionar a possibilidade deste tipo de serviços poderem ser oferecidos pelos serviços públicos de forma a desenhar aqui uma maior isenção e proteção.

Porém, no âmbito da proteção de dados de saúde pelas entidades públicas, temos a Lei nº 12/2005 de 26 de janeiro sobre a informação genética e pessoal e informação de saúde, regulada pelo Decreto-Lei nº131/2014, de 29 de agosto aplicável à informação genética, e complementada pela Lei nº 5/2012 de 23 janeiro que regula os requisitos de tratamento de dados pessoais para a constituição de ficheiros de âmbito nacional que contêm dados de saúde, cujo âmbito de aplicação é definido no seu artigo 3º. Ora tratando-se do serviço nacional de saúde bastaria aplicar este quadro legislativo no que se refere à proteção de dados de saúde no setor público.

Porém as questões ligadas à proteção de dados de saúde são bem mais complexas e o seu quadro legislativo é mais vasto. Na legislação interna a LPDP fazia coincidir o conceito de dados pessoais com a definição da Diretiva 95/46/CE, com a entrada em vigor do RGPD, a definição de dados pessoais será a que consta deste instrumento legislativo e em complemento do disposto no projeto lei se e quando este for aprovado. Para as unidades de saúde do setor público, aplicava-se a LADA, Lei nº 46/2007, de 24 de agosto que regula o acesso aos documentos administrativos, entretanto revogada pela Lei nº 26/2016, de 22 de agosto. Nestes termos, os dados pessoais que constam de documentos administrativos a lei denomina de documentos nominativos e regula o seu acesso, estabelecendo no seu artigo 5º que todos têm direito de acesso a documentos administrativos. O direito de acesso compreende a consulta, reprodução e informação

¹⁰¹ Em semelhança ao que é alertado pela CNPD no seu Parecer nº 8/2003 sobre o Código do Trabalho de 2003.

sobre a sua existência e o conteúdo, para que um terceiro tenha acesso a um documento nominativo terá que ter autorização do titular ou demonstrar ser titular de um interesse legítimo e constitucionalmente protegido, de cuja operação de ponderação face aos interesses do titular se revele superior, artigo 6º nº 5 alíneas a) e b).

No que respeita aos dados de saúde o direito de acesso é feito nos termos da Lei nº 12/2005 e portanto, o acesso a esta informação quer por parte do titular quer por parte de terceiro com autorização deste será feita por intermédio de médico se o titular assim o solicitar. E se o titular não solicitar intermediação médica basta para o acesso por terceiro a autorização do titular? É o que dá a entender a interpretação conjunta dos nº 3 e 4 do artigo 3º da LADA.

Para além da sobreposição legislativa em matéria de tratamento de dados de saúde pelas entidades públicas de saúde, a Proposta de Lei nº 120/XIII, na secção II que estabelece o regime sancionatório, define no seu artigo 44º nº 1 que às entidades públicas não são aplicáveis as coimas previstas quer no RGPD que na proposta.

4.4.1. O RGPD e os dados de saúde

No âmbito do RGPD, o considerando 35 define dados de saúde¹⁰² como todos os dados relativos ao estado de saúde de um titular de dados que revelem informação sobre a saúde física ou psíquica no passado, presente e futuro do indivíduo, nesta informação incluem-se os dados obtidos de análises ou exames a uma parte do corpo ou substância corporal, incluindo os testes genéticos, amostras biológicas ou quaisquer informações obtidas, nomeadamente sobre uma doença ou historial clínico. No âmbito das informações de saúde inserem os dados genéticos¹⁰³ definidos pelo considerando 34 como dados pessoais relativos às características genéticas de uma pessoa singular resultantes da análise de qualquer elemento que permita obter informações sobre a identidade genética do indivíduo, através de uma amostra biológica que não terá que ser necessariamente uma amostra cedida com fins de análise de ADN.

¹⁰² De acordo com o disposto no artigo 4º nº 15 do RGPD, são considerados dados de saúde *os dados pessoais relacionados com a saúde física ou mental da pessoa singular, incluindo a prestação de serviços de saúde que revelem informações sobre o seu estado de saúde.*

¹⁰³ O artigo 4º nº 13 do RGPD dita que são considerados dados genéticos *os dados pessoais relativos às características genéticas, hereditárias ou adquiridas, de uma pessoa singular que deem informações únicas sobre a fisiologia ou a saúde dessa pessoa singular e que resulta designadamente de uma análise de uma amostra biológica proveniente da pessoa singular em causa.*

Os dados de saúde inserem-se naquilo que o Regulamento apelida de categorias especiais de dados, previstas no artigo 9º do RGPD. Aqui estão previstos os tipos de dados que historicamente foram utilizados para promover a segregação de pessoas e sobre estes é consagrado um princípio geral de proibição de tratamento. Desta forma, o tratamento de dados que se insiram no âmbito do artigo 9º será ilícito exceto se verificadas uma das exceções previstas no regulamento. O RGPD prevê um conjunto de derrogações ao princípio geral de proibição de tratamento de categorias especiais de dados, entre elas salientamos: o consentimento explícito para o tratamento¹⁰⁴, o tratamento necessário para efeitos de cumprimento de obrigações contratuais e do exercício de direitos específicos do responsável pelo tratamento em matéria de legislação laboral, o tratamento de dados que tenha sido manifestamente tornados públicos pelo titular e quando o tratamento dos dados seja necessário para efeitos de medicina preventiva ou do trabalho, para avaliação da capacidade de trabalho, entre outros¹⁰⁵.

Não existe necessidade de cumulação entre os restantes requisitos e o consentimento explícito, o que significa que o tratamento de dados sensíveis pode ocorrer mesmo sem o consentimento do titular, desde que se verifiquem uma das restantes situações. Desta forma para aferirmos se podemos afastar a ilicitude do tratamento temos que considerar o caso em presença e perceber se estarão em causa alguma das derrogações previstas no artigo 9º n.º 2 do RGPD. Uma vez verificada a derrogação teremos que verificar a existência dos requisitos gerais exigidos pelo artigo 6º do RGPD para a licitude do tratamento de dados pessoais, nomeadamente a essencialidade do tratamento para a prossecução do fim ou para a prestação de serviços prevista nas alíneas b) e c) do artigo 6º do RGPD.

Desta forma, e a título de exemplo, no caso das operações de tratamento de dados de saúde no contexto da subscrição de um serviço de um ginásio, estamos perante uma

¹⁰⁴ Dita o considerando 32 que o consentimento é considerado explícito quando dado através de um ato positivo claro que indique uma manifestação da vontade livre, específica, informada e inequívoca, não devendo ser considerado enquanto consentimento o silêncio, as opções pré-validades ou a omissão.

¹⁰⁵ Em matéria jus laboral, o regulamento dedica alguns considerandos à matéria de tratamento de dados sensíveis. Desde logo o considerando 52 dita que as derrogações previstas no artigo 9º deverão ser permitidas quando o direito da União e o direito internos dos Estados-membros prevejam salvaguardas adequadas à proteção dos dados pessoais e considerado a matéria de direito laboral matéria de interesse público suficientemente relevante para justificar a derrogação ao princípio geral de proibição de tratamento de dados sensíveis. Mais à frente, o considerando 155 determina que o direito interno, nomeadamente as convenções coletivas de trabalho, podem prever regras específicas para o tratamento de dados pessoais dos trabalhadores em contexto laboral, designadamente no que respeita às condições desse tratamento para efeitos de recrutamento e execução do contrato, incluindo o cumprimento de obrigações previstas na lei e em convenções coletivas de trabalho.

categoria especial de dados pelo que o seu tratamento é proibido. Não o será perante o consentimento explícito do titular dos dados, uma vez dado esse consentimento cessa a proibição do artigo 9º nº 1 do RGPD e os dados de saúde serão sujeitos às regras gerais para o tratamento de dados pessoais. Posto isto, teremos que aferir a licitude desse tratamento ao abrigo do artigo 6º do RGPD e verificar se o tratamento desses dados são necessários para a prestação do serviço, ora uma vez que o conhecimento do estado de saúde do indivíduo que irá praticar desporto é essencial para prestar o serviço adequado, sem colocar em risco a sua integridade física e a sua saúde, poderemos considerar que estamos perante um tratamento lícito de dados pessoais.

O mesmo se aplicará ao tratamento de dados de saúde do trabalhador, a proibição geral de tratamento seria derogada pelo disposto no artigo 9º nº 2 alínea b), bastando o empregador invocar que estamos perante a sua obrigação de providenciar por condições de saúde e segurança no local de trabalho, afastada a proibição do artigo 9º nº 1 do RGPD trataremos os dados de saúde como dados pessoais simples, ora nos termos do artigo 6º nº 1 alíneas b) ou c) ambas as alíneas consideram lícito o tratamento de dados pessoais, porém este tratamento está sujeito aos princípios de tratamento do artigo 5º do RGPD, nomeadamente o princípio da proporcionalidade e fim legítimo das alíneas b) e c) do nº 1 do artigo 5º do RGPD.

4.4.2. A informação médica no contexto laboral

O artigo 19º do CT permite a examinação da saúde do trabalhador, é lícita a exigência de exames para a verificação da aptidão física e psíquica do trabalhador para o desempenho de funções. No contexto da norma, o respeito pela privacidade faz-se através da observação dos limites inerentes ao contexto desta permissão, nenhum outro exame ou teste pode ser exigido pelo empregador se esse se situar fora da conexão com a atividade desempenhada ou com a sua repercussão na esfera jurídica de terceiros em nome do garante das condições gerais de segurança e saúde no local de trabalho.

O artigo 19º do Código consagra duas exceções à exigência de exames médicos fora do contexto da medicina no trabalho: a proteção e segurança dos trabalhadores e de terceiros ou quando particulares exigências inerentes à atividade o justifiquem. No primeiro caso inclui-se a proteção de outros trabalhadores, do empregador e dos clientes.

No que se refere aos testes efetuados para a proteção de terceiros, enquadram-se nesta situação os testes para a prevenção de situações que suscetíveis de causar acidentes de trabalho, colocando em risco a integridade física de terceiros por motivos imputáveis ao trabalhador.

Este enunciado normativo consagra o princípio geral de que o empregador não pode exigir ao candidato a emprego ou ao trabalhador a realização ou apresentação de testes ou exames médicos para comprovar as suas condições físicas ou psíquicas, com a ressalva das situações previstas na legislação relativa a higiene, segurança e saúde no trabalho. Não obstante, e tal como no artigo 17º do CT, também este princípio não é absoluto. São admitidas limitações quando se verificarem uma situação suscetível de integrar o âmbito de um dos conceitos indeterminados, mediante fornecimento de fundamentação por escrito e sempre com a intermediação de um médico. Independentemente do preenchimento de tais requisitos cumulativos, o nº 2 do artigo 19º CT dispõe que está proibida, sob qualquer circunstância, a exigência de apresentação de testes de gravidez.

O artigo 19º CT de 2003 foi objeto de parecer da Comissão Nacional para a Proteção de Dados¹⁰⁶ com foco nas normas do artigo 19º nº 3, cuja redação foi posteriormente alterada¹⁰⁷, e no artigo 19º nº 1 do CT que se mantém inalterado. A CNPD alertou para o facto de não existirem razões suficientes para a realização de testes e exames fora dos serviços de medicina no trabalho deverá apenas ser através destes serviços que a entidade empregadora poderá realizar os exames necessários, uma vez que o direito de privacidade cede perante exigência de proteção da saúde pública e segurança de terceiros. Os exames médicos fora destes serviços representam perigos para o tratamento de dados de saúde do trabalhador aumentando o risco da existência de exames destinados a obter uma informação exaustiva do trabalhador¹⁰⁸.

De facto, de acordo com o disposto na norma, o empregador pode submeter o trabalhador a exames médicos em qualquer momento e de qualquer natureza, desde que

¹⁰⁶ O artigo 8º do *Statuti dei Lavoratori* italiano, proíbe o empregador de efetuar indagações sobre factos da vida privada que sejam irrelevantes para a prestação laboral. Para uma breve nota de direito comparado vide Amadeu Guerra, *A Privacidade no local de trabalho...* pp. 142-146.

¹⁰⁷ A redação do artigo 19º nº 3 no CT de 2003 era a seguinte: “*O médico responsável pelos testes e exames médicos só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto para desempenhar a atividade, salvo autorização escrita deste*”. Na sua atual redação, estabelece que: “*O médico responsável pelos testes e exames médicos só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto para desempenhar a atividade.*”

¹⁰⁸ Parecer nº 8/2003 CNPD Código do Trabalho.

preenchido o conceito indeterminado de especiais exigências inerentes à atividade ou para a proteção e segurança do trabalhador ou de terceiros.

No que aqui diz respeito, coloca-se a questão relativa à realização de testes genéticos, cuja realização não é vedada pelo artigo 19º. Não obstante esta constatação, a doutrina dita que a realização de tais testes deverá ser, em regra, proibida. José João Abrantes defende que esta proibição se funda no disposto nos artigos 13º e 26º da Constituição, e se destina a proteger os candidatos a emprego de possíveis situações de discriminação fundadas no desejo do empregador contratar trabalhadores com menor probabilidade de desenvolverem determinados quadros clínicos e por isso se revelarem menos dispendiosos. Segundo o mesmo autor a liberdade contratual cederá sempre perante o direito de reserva da intimidade da vida privada. Durante a execução do contrato, o autor defende que o recurso a este tipo de testes deverá ocorrer numa lógica de última *ratio*, pondo em causa a sua qualificação como exames de saúde e desde logo excluídos do âmbito da medicina do trabalho¹⁰⁹. Também Guilherme Dray, na anotação ao artigo 19º do Código do Trabalho advoga que a exigência de apresentação deste tipo de exames será ilegítima por razões de personalismo ético e dignidade humana¹¹⁰.

4.4.2.1.O regime da proteção da saúde e segurança no trabalho

É a Lei nº 28/2016, de 23 de agosto, que fixa o regime jurídico da promoção da segurança e saúde no trabalho. No âmbito deste diploma está prevista a realização de testes e exames médicos enquanto obrigação do empregador de vigilância da saúde dos trabalhadores.

No plano jus laboral o artigo 64º da CRP prevê o direito fundamental à saúde em duas vertentes: a vertente positiva de satisfação pela entidade empregadora das exigências de condições de segurança e saúde no trabalho em obediência ao disposto no artigo 59º nº 1 al. c) e a vertente negativa que dita a abstenção de condutas lesivas à saúde do trabalhador¹¹¹, manifestada igualmente no artigo 59º nº 1 al. c) da CRP. O dever de promoção e defesa da saúde consagrado pelo texto constitucional tem como objeto não só a saúde do indivíduo como também a de terceiros.

¹⁰⁹ Abrantes, José João, Princípio da proporcionalidade..., p. 329.

¹¹⁰ Martínez, Pedro Romano, et. al, *Código do Trabalho*... p. 161.

¹¹¹ Pimpão, Rosa Céline, *A Tutela do Trabalhador em matéria de segurança (higiene) e saúde no trabalho*, Coimbra Editora, 2011.

A legislação em torno da segurança e saúde no trabalho surge para dar cumprimento à obrigação de transposição da Diretiva 89/391/CEE, de 12 de junho de 1989, relativa à aplicação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e saúde dos trabalhadores no trabalho. O presente instrumento normativo da União Europeia destinou-se a estabelecer as condições mínimas para promover a melhoria das condições de trabalho e para assegurar a proteção de segurança e saúde dos trabalhadores. A Diretiva 89/391/CEE sublinhou a necessidade de assegurar que as medidas nesta matéria devem ter como fim assegurar essa proteção e a mesma não se pode subordinar a questões meramente económicas.

Estabelece as obrigações do empregador nesta matéria sublinhando que a entidade patronal deve atuar de acordo com a natureza da atividade e as medidas de vigilância da saúde do trabalhador deverão ser adequadas e em função dos riscos para a sua segurança e saúde no local de trabalho, devendo poder verificar-se a regularidade de controlos de saúde se o trabalhador assim o desejar.

No contexto da medicina no trabalho os factos que concernem à vida privada do trabalhador e que este tem o direito de não querer revelar podem chegar ao conhecimento do médico do trabalho, estão em causa dados como a vida sexual do trabalhador, elementos de diagnóstico e estado de saúde. Porém a reserva da vida privada não é um direito absoluto e como tal admite-se a sua compatibilização com outros interesses constitucionalmente consagrados. Neste contexto a compressão dos direitos dos trabalhadores é justificada pelo objetivo de assegurar a vigilância da saúde dos trabalhadores e a sua aptidão física e psíquica para o exercício da sua profissão e para a proteção de terceiros

O controlo médico repercute-se no trabalhador através de medidas de controlo biológico com consequências na limitação da vida privada do trabalhador, os exames médicos operam restrições na sua vida privada, integridade física e tutela da autodeterminação informativa.

O sigilo médico a que está submetido o médico do trabalho tem especial relevância neste contexto uma vez que a sua inobservância poder ser fonte de práticas discriminatórias dos trabalhadores ou candidatos a emprego. A violação do sigilo médico verificou-se aquando do Acórdão do STJ, de 24 de setembro de 2008, no caso em que o tribunal entendeu que o facto do trabalhador ser portador de HIV fazia cessar

o contrato de trabalho¹¹², neste caso o médico informou o empregador do quadro clínico do trabalhador. Ora, o dever de sigilo, para além das informações de saúde, abrange a doença, os exames e meios de diagnóstico, métodos de tratamento e hábitos de vida, entre outros¹¹³.

Na medicina do trabalho a proteção da privacidade é especialmente delicada devido aos conflitos de interesses que se colocam. É que se por um lado, o médico tem deveres que o vinculam perante os seus pacientes, que neste caso são os trabalhadores, por outro, enquanto profissional funcionalmente dependente do empregador, tem o dever de atender às suas exigências, esta questão torna-se ainda mais complicada de resolver quando os serviços de medicina no trabalho se integram a empresa. O médico do trabalho encontra-se constantemente perante a tarefa de ponderar a sua atuação entre os seus deveres para com os pacientes e a sua posição perante a empresa que contratou os seus serviços ou para a qual trabalha numa relação também ela de trabalhador subordinado/empregador¹¹⁴.

A matéria de segurança e saúde no trabalho foi introduzida no ordenamento jurídico português pelo Decreto-Lei nº 441/91 de 14 de novembro, enquanto instrumento de promoção do desenvolvimento da qualidade de vida no trabalho. A lei quadro surge com o objetivo de garantir a efetiva prevenção dos riscos profissionais, a necessidade de dar cumprimento à ratificação da Convenção nº 155 da OIT sobre esta matéria e a necessidade de transposição da Diretiva nº 89/391/CEE, relativa à aplicação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde dos trabalhadores no trabalho.

O desenvolvimento deste diploma quadro foi operado pelo Decreto-Lei nº 26/94, de 1 de fevereiro, que desenvolve o regime jurídico aplicável aos exames de saúde obrigatórios no contexto laboral. Este diploma foi objeto de pedido de fiscalização da constitucionalidade, o pedido baseava-se essencialmente na obrigatoriedade dos exames

¹¹² José João Abrantes entendeu que o médico de medicina no trabalho ao informar o empregador da condição clínica do trabalhador quebrou injustificadamente o sigilo médico, uma vez que este apenas cabe pronunciar-se sobre a aptidão ou inaptidão do trabalhador in *Direitos Fundamentais da Pessoa Humana no Trabalho, em especial...*, p. 40.

¹¹³ Para uma visão geral do panorama jurídico em matéria de sigilo médico vide André Gonçalo Dias Pereira, “O Sigilo Médico: análise do direito português” in texto da Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau, República Popular da China, julho de 2008, acedido a 28 de fevereiro, às 19:26h, disponível na internet, <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/10576/1/O%20Sigilo%20M%C3%A9dico.pdf>.

¹¹⁴ Para uma análise do ponto de vista ético desta questão, vide, “Conflitos de deveres do médico de saúde ocupacional face à entidade patronal no Brasil” pp. 369-375, João Pereira Ramos in *Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil*, vol. 10, supl. 2, 2010

e testes médicos realizados no contexto de medicina no trabalho suscitando-se a questão de saber se o indivíduo tinha o dever de cuidar da sua própria saúde nos casos em que não está em causa a saúde de terceiros. Já durante o tempo de vigência do DL nº 26/94, o Procurador Geral da República requereu a declaração com força obrigatória geral da inconstitucionalidade das normas 13º nº 2, alínea e), 16º, 17º, 18º e 19º do mesmo diploma. Para o que aqui nos interessa vamos debruçar-nos sobre a questões de constitucionalidade material que foram suscitadas.

Segundo o requerido o regime instituído pelo Decreto-Lei nº 26/94, de 1 de fevereiro criou um dever de revelação do estado de saúde do trabalhador sujeitando este aos exames médicos que o médico da medicina do trabalho entendia serem necessários, o que configurava uma restrição ilegítima ao núcleo essencial da reserva da intimidade da vida privada. Esta restrição não obedecia ao princípio da proporcionalidade, uma vez que não eram previstos apenas alguns exames concretos para determinar o estado de saúde do trabalhador em relação à atividade laboral, mas sim dada a possibilidade de realizar os exames que o médico entendesse necessário para avaliar a capacidade para a prestação laboral, independentemente de estar perante uma atividade considerada de risco ou não. Por outro lado, o diploma abria a porta para a criação de bancos de dados com informações precisas sobre o estado de saúde do trabalhador, uma vez que não existia outra garantia para o trabalhador para além da proclamação de confidencialidade dos dados em causa por parte dos serviços de higiene, segurança e saúde no trabalho que se inserem na estrutura da própria empresa ou são por esta contratados sem qualquer direito do trabalhador sobre a escolha dos médicos que integram estes serviços.

No que respeita à conformidade material com a Constituição, o TC considerou que a submissão obrigatória a exames a testes clínicos constituía uma restrição admissível em nome da harmonização entre o direito à reserva da intimidade da vida privada e o dever de promover a saúde do artigo 64º da Constituição. Este último tem como objetivo a saúde privada e a saúde pública e apesar de a responsabilidade da primeira ser do indivíduo são admissíveis restrições por especial fundamentação social. De acordo com o disposto nos artigos 59º nº 1 al. c), 59º nº 2 al. c) e 64º nº1 da Constituição, para além da necessidade de verificar que a prestação laboral decorre sem risco para o trabalhador, as repercussões sociais das doenças profissionais e acidentes de trabalho justificam a obrigatoriedade destes exames desde que se limitem ao estritamente necessário, adequado e proporcional à verificação da aptidão física e psíquica do trabalhador para o

exercício das suas funções. Desta forma, os exames teriam como único fim a prevenção dos riscos profissionais e saúde dos trabalhadores.

O Conselheiro Lopes do Rego pronunciou-se sobre este tema¹¹⁵, segundo o magistrado o Decreto-Lei nº 26/1994 não teve em conta a delicadeza dos temas e a sua conexão com os aspetos estruturantes da vida privada e das questões delicadas que se colocam na realização de exames médicos de carácter abrangente e obrigatório sem o estabelecimento de finalidades legítimas. Segundo o autor, o que está em causa é um dever legal de sujeição à realização de testes ou exames médicos que implica um ónus relativamente à obtenção de emprego ou um dever jurídico do qual depende a subsistência da relação laboral.

Na crítica ao acórdão do TC o autor apontou para o facto de o entendimento do tribunal se restringir apenas sobre os casos de profissões de risco e a necessidade de desempenhar a prestação laboral sem risco para os trabalhadores mais fragilizados, deixando de fora os casos que configuram a generalidade das situações, ou seja, as situações em que não se preveem riscos específicos para os trabalhadores ou para terceiros. Para estes casos o TC apenas sublinhou que a finalidade de tais exames não deve revelar-se abusiva, discriminatória ou arbitrária.

Segundo Lopes do Rego para se verificar a conformidade com a Constituição, a interpretação do artigo 19º do Decreto Lei nº 26/94, teria que ser no sentido de limitar os exames médicos obrigatórios ao âmbito dos riscos e patologias profissionais objetivamente conexas pela função desempenhada pelo trabalhador, impondo-se a obrigação do médico do trabalho de justificar e fundamentar a necessidade e adequação de tais finalidades aos exames que se pretende fazer ao trabalhador. À luz desta interpretação seriam considerados arbitrários, discriminatórios ou abusivos os exames ou testes que extravasassem essa finalidade e como tal cessaria o dever de cooperação e em consequência qualquer recusa não fundamentaria uma violação dos deveres do trabalhador.

O Decreto-lei em apreço foi alterado posteriormente pelo Decreto-Lei nº 109/2000 de 30 de junho na sequência da reflexão sobre os problemas suscitados quanto à prevenção de riscos profissionais no Livro Verde e Livro Branco e após acordo subscrito entre o Governo e os parceiros sociais que definiu um conjunto de medidas a tomar para

¹¹⁵ Rego, Carlos Lopes, Higiene e saúde no trabalho – Exames obrigatórios – Reserva da vida privada, Acórdão nº 368/02 do Tribunal Constitucional, de 25 de Setembro de 2002, Comentário, in *Revista do Ministério Público*, nº 92, Ano 23, Out/Dez de 2002, disponível para consulta em http://rmp.smmmp.pt/ermp/rmp_92/index.html#p=58, acedido em 04 de maio de 2018, às 23:16.

melhorar a prevenção de riscos profissionais. Este diploma surge com o objetivo de reforçar a prevenção em atividades com riscos elevados e qualificar as modalidades de organização dos serviços de segurança, higiene e saúde no trabalho dos serviços externo à empresa, por estas contratados. As disposições normativas foram renumeradas, mas no que se reporta aos artigos objeto de apreciação da constitucionalidade mantiveram o seu texto praticamente inalterado.

O diploma foi revogado em 2009, com a revisão do CT surge a Lei nº 102/2009, de 10 de setembro que aprovou o regime jurídico da promoção e da segurança e saúde no trabalho. À luz da nova lei, os serviços de saúde no trabalho são desempenhados por um médico da especialidade que terá coadjuvação de um enfermeiro no caso de empresas com mais de 250 trabalhadores. Sobre o médico do trabalho recai a obrigação de vigilância da saúde dos trabalhadores. As consultas de vigilância de saúde são promovidas pelo empregador e devem acontecer antes do início da prestação o trabalho – exames de admissão – periodicamente durante a execução do contrato de trabalho – exames periódicos –, e sempre que existam alterações nos componentes materiais do trabalho que possam pôr causa a saúde do trabalhador e quando este regresso ao trabalho após ausência superior a 30 dias por motivo de doença ou acidente – exames ocasionais. A informação clínica acerca do trabalhador é inserida numa ficha clínica sujeita a segredo profissional não podendo ser facultada a mais ninguém para além das autoridades de saúde e aos médicos do ministério responsável pela área laboral. Ao empregador é entregue uma ficha de aptidão que não poderá conter os elementos que envolvam segredo profissional enunciados no artigo 109º nº3 do CT: dados sobre a raça, nacionalidade, origem étnica ou informação sobre os hábitos pessoais do trabalhador, estes últimos apenas se não estiverem relacionados com patologias específicas ou dados de saúde.

Os encargos com a organização e funcionamento do serviço de segurança e saúde no trabalho são suportados na integralidade pelo empregador não podendo ser imposto qualquer encargo ao trabalhador que por sua vez tem a obrigação de cooperar ativamente comparecendo às consultas e aos exames determinados pelo médico do trabalho, o disposto no artigo 17º nº 1 alínea d), da Lei nº 102/2009 de 10 de Setembro configura um dever do trabalhador nos termos do artigo 128º nº 1 al. enquanto manifestação do dever de obediência do trabalhador, pelo que a recusa em comparecer perante os serviços de medicina no trabalho pode ser alvo de procedimento disciplinar e em último caso levar ao despedimento do trabalhador por justa causa.

Esta temática levanta algumas questões do ponto de vista dos direitos de personalidade do trabalhador, nomeadamente a reserva da intimidade da vida privada por estarmos perante dados do trabalhador que se reportam ao seu estado de saúde.

As sucessivas alterações do regime da saúde e segurança no trabalho não contemplaram as questões levantadas pelo Conselheiro Lopes do Rego.

De facto, ainda hoje, volvidos vinte e quatro anos após o primeiro ato legislativo nesta matéria ainda é possível efetuar exames e testes médicos sem que se estabeleça uma relação objetiva entre a prestação laboral e os procedimentos clínicos a que o trabalhador se submete. A questão é especialmente premente nos dias de hoje, face à evolução da ciência e da tecnologia em matérias de saúde exames e testes médicos, a realização de procedimentos aparentemente inócuos pode providenciar um conjunto muito vasto de informação, informação essa que pode ir desde o estado de saúde atual até a conjecturas mais ou menos prováveis acerca da saúde futura do trabalhador.

A questão não se reporta no essencial às profissões de risco, mas sim, como salientou o Conselheiro Lopes do Rego, às situações comuns verificadas relativamente à generalidade dos trabalhadores e candidatos a emprego. Na profissões de risco as exigências relativas à aptidão física para o desempenho das profissões de risco são controladas de forma a permitir a independência da entidade fiscalizadora, é nos restantes casos que a situação se coloca com maior sensibilidade e que o candidato a emprego ou o trabalhador estão numa posição mais delicada. Não nos podemos esquecer que estamos perante uma restrição a um direito fundamental operada por uma entidade privada, restrição essa, operada pelos serviços de medicina do trabalho que prestam os serviços à entidade patronal e nalguns casos integram a estrutura da mesma.

Nesta matéria o sigilo médico assume especial relevância, a sua quebra põe em causa o direito de reserva da vida privada e abre a porta para a prática de atos discriminatórios.

O dever de sigilo médico não abrange apenas as informações de saúde, abrange a própria doença, os exames e meio de diagnóstico, os métodos de tratamento, hábitos de vida, entre outros¹¹⁶.

No contexto da medicina no trabalho, por um lado o médico do trabalho tem o seu dever para com aqueles que são os seus pacientes e, por outro, atender às exigências impostas

¹¹⁶ Pereira, André Gonçalo Dias, “O sigilo médico: análise do direito português”, Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau, República Popular da China, no dia 21 de julho de 2008, disponível para download em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/10576/1/O%20Sigilo%20M%C3%A9dico.pdf>, acedido em 28 de fevereiro de 2018, às 21:43h.

pela empresa de quem depende funcionalmente. Perante os trabalhadores o médico do trabalho deve orientá-los e vigiá-los no sentido de prevenir os perigos e riscos decorrentes da atividade laboral, os cuidados médicos que presta estão orientados para o diagnóstico e prevenção da saúde do meio de produção da empresa. Durante toda a sua atuação o médico deve ponderar os seus deveres para com os trabalhadores, enquanto seus pacientes, e a sua posição de empregado/prestador de serviços da empresa¹¹⁷.

¹¹⁷ Ramos, João Pereira, “Conflitos de deveres do médico de saúde ocupacional face à entidade patronal no Brasil, in Revista Brasileira de Saúde Materno-Infantil, 10, suplemento 2, pp. 369 a 375, Recife, dez. 2010.

II. Igualdade e não discriminação

1. Considerações gerais

O princípio da igualdade surge como corolário das revoluções liberais do século XIX. As revoluções americana e francesa entenderam-no como a igualdade de todos os indivíduos perante a lei, consagrando assim um princípio de igualdade formal. Este princípio concretizava-se no momento da aplicação da lei e traduzia-se na vinculação do legislador à formulação da lei geral e abstrata. Esta formulação destinava-se a pôr termo aos privilégios, não sendo permitido o tratamento desigual mesmo que para beneficiar os mais desfavorecidos. Porém esta consagração não se revelou suficiente na proteção do indivíduo, a igualdade formal significa que todos os indivíduos estão sujeitos aos mesmos direitos e deveres, independentemente da sua situação concreta, estávamos perante uma igualdade alheia às diferenças o que introduzia uma desigualdade real.

Perante a verificação de que o princípio da igualdade numa vertente puramente formal não era suficiente para assegurar a igualdade de oportunidades aos indivíduos que se encontravam em situações socialmente mais frágeis, era necessário assegurar a efetividade deste princípio. Neste âmbito nasce, com a Constituição de Weimar de 1919, o conceito de igualdade material, nasce o Estado Social, caracterizado pela intervenção do Estado nas atividades económicas e pela implantação das prestações sociais para minimizar a injustiças sociais e surgem os direitos sociais como instrumento de promoção da igualdade material.

No âmbito do Estado Social a noção do direito à igualdade tem como referência as características do indivíduo e vincula o poder público à promoção da igualdade de condições e à concessão de tratamento igual ao que é igual e tratamento diferenciado consoante as desigualdades factuais. A igualdade material impõe a comparação entre as condições e as oportunidades, identificando as capacidades e necessidades específicas sendo conferido tratamento igual às pessoas em condições de igual desenvolvimento e tratamento desigual quando o tratamento igual agrava as desigualdades sociais.

No ordenamento jurídico português a proibição de tratamento desigual consta do artigo 13º da CRP que consagra o princípio da igualdade. O enunciado constitucional conjuga três dimensões -liberal, democrática e social- que fazem dele um dos princípios estruturantes do Estado de direito democrático e impõem a igualdade na aplicação do direito assegurada pela lei geral e abstrata e pela proibição de diferenciação baseada em

condições subjetivas, garante a igualdade de participação na vida política e exige a eliminação de das desigualdades de facto para assegurar a igualdade material no plano económico, social e cultural¹¹⁸.

O princípio da igualdade surge como direito subjetivo e como direito, liberdade e garantia, defendendo o indivíduo contra formas de atuação do poder público que imponham um tratamento desigual sem motivo justificativo. O ordenamento jurídico português acolhe o princípio da igualdade nas suas duas vertentes formal e material, o artigo 9º da CRP vincula o Estado português na prossecução da igualdade real entre os cidadãos e o artigo 81º da Constituição que acolhe a existência de direitos discriminadores no contexto do Estado Social¹¹⁹. É em nome da prossecução de uma igualdade real que foi autonomizado um capítulo especificamente dedicado aos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, que concede direitos especiais a uma categoria de indivíduos que tendencialmente se encontram em situações de fragilidade suscetíveis de pôr em causa a sua liberdade individual¹²⁰.

O princípio da igualdade baseia-se na ideia de que todos os cidadãos têm a mesma dignidade social, ou seja, todos os cidadãos têm o mesmo valor cívico e por isso estão vedadas todas as formas de diferença de tratamento. No seu nº 2, o artigo 13º da CRP, proíbe a discriminação em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual, porém esta proibição não é absoluta e não proíbe a existência de tratamento diferenciado. A norma consagra um conjunto de fatores de discriminação que são considerados ilegítimos por configurarem características de indivíduos historicamente considerados menos válidos, não obstante este elenco de elementos diferenciadores não é taxativo. o artigo 26º nº 1 da CRP estende a sua proteção a quaisquer formas de discriminação, podendo verificar-se discriminação ilegítima em razão de qualquer outro elemento diferenciador quando a prática é contrária à dignidade da pessoa humana, e por isso incompatível com o princípio de Estado de direito democrático, ou apenas arbitrária.

¹¹⁸ Moreira, Vital; Canotilho José, *Constituição da República Portuguesa...* p. 337.

¹¹⁹ Dray, Guilherme, A influência dos Estados Unidos da América na afirmação do princípio da igualdade no emprego nos países da lusofonia, Almedina, 2017.

¹²⁰ Dray, Guilherme, *ibid.* pág. 84.

A não discriminação introduz os critérios válidos e inválidos de distinção, permitindo tornar operativo o princípio da igualdade e introduz uma proibição geral de tratamento diferenciado com base nos elementos sobre o qual assentam distinções ilegítimas¹²¹.

As medidas diferenciadoras podem existir, não são contrárias à Constituição desde que proporcionais, fundadas e não tenham como fundamento um motivo constitucionalmente inadmissível. Quando verificado um tratamento desigual impõe-se que esta desigualdade tenha uma justificação, esta justificação terá que ser constitucionalmente legítima quer quanto aos seus fins que quanto aos seus critérios.

O princípio veda tanto as vantagens como as desvantagens ilegítimas e vincula quer as entidades públicas quer as entidades privadas. Do ponto de vista da vinculação vertical, o princípio da igualdade vincula desde logo o legislador que está vinculado à proibição de discriminações ilegítimas por via da lei e obrigado a concretizar as imposições constitucionais dirigidas à eliminação das desigualdades. No que respeita à administração pública, o princípio da igualdade impõe a igualdade na repartição dos encargos impostos pela administração aos particulares e exige a igualdade na repartição dos benefícios, para mais a administração está vinculada a pautar a sua atuação, no âmbito dos seus poderes discricionários, pela fixação dos mesmos critérios para situações semelhantes e a compensar os indivíduos nas situações em que impôs determinados sacrifícios a cidadãos em específico violadores do princípio da igualdade¹²². No âmbito da justiça o princípio em apreço dita o acesso à justiça de forma igualitária, a igualdade dos cidadãos perante os tribunais e a igualdade na aplicação do direito pelos órgãos judiciais.

2. O princípio da igualdade e não discriminação na União Europeia

No que se refere à matéria da não discriminação, o direito da União Europeia refere-o em diversas fontes normativas. Desde logo na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que no seu artigo 21º, nº 1 afirma um princípio geral de não discriminação¹²³, a Diretiva 2000/43/CE, sobre a proibição da discriminação racial ou étnica, a Diretiva 2000/78/CE que estabelece o quadro geral da igualdade de tratamento

¹²¹ Canotilho, Mariana, Brevíssimos apontamentos sobre a não discriminação no direito da União Europeia, *in* *Julgar*, pp. 101-111, nº 14, 2011.

¹²² Moreira, Vital; Canotilho Gomes, “Constituição da República Portuguesa...”, p. 338.

¹²³ “É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual”.

no emprego e na atividade profissional e a Diretiva 2004/113/CE, sobre a aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre os homens e as mulheres no acesso a bens e serviços e o seu fornecimento, e, por fim, mais recentemente, a Diretiva 2010/41/EU, relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres que exerçam uma atividade independente.

A legislação nesta matéria intervém nas escolhas feitas por indivíduos e que têm impacto nas vidas dos destinatários dessas decisões. Esta intervenção pode ocorrer de duas formas: através da identificação de quais os indivíduos que, encontrando-se em situações semelhantes, não recebem tratamento distinto por serem detentores de características específicas ou através da identificação dos grupos que, por se encontrem em situações específicas, recebem tratamento diferenciado para permitir que os indivíduos que se inserem nesse grupo tenham acesso às oportunidades disponíveis em condições de igualdade¹²⁴.

Nesta matéria há que ter presente uma distinção essencial entre a discriminação direta e a discriminação indireta. A discriminação direta caracteriza-se pelo tratamento desfavorável de um indivíduo em comparação com outros em situações materialmente semelhantes, esta atitude discriminatória reside numa característica particular que recai no âmbito dos elementos categoriais distintivos protegidos¹²⁵. Este tratamento desfavorável é relevante quando considerado desfavorável por comparação¹²⁶ com outro indivíduo numa situação similar, ou seja, é necessário comparar entre dois indivíduos nas mesmas circunstâncias e a diferença entre ambas deverá inserir-se no âmbito dos elementos diferenciadores protegidos pela lei¹²⁷. O artigo 2º nº 2 alínea a) da Diretiva

¹²⁴ Handbook on European non-discrimination law – 2018 edition, acedido a 11-04-2018 às 23:09h publicado em <http://fra.europa.eu/en/publication/2018/handbook-european-law-non-discrimination>.

¹²⁵ Os tribunais europeus têm considerado um elemento categorial protegido o conceito de discriminação por associação, esta verifica-se quando o indivíduo discriminado não é o portador do elemento diferenciador. Esta questão foi discutida no caso Coleman, processo C-303/06, tendo o tribunal entendido que a Diretiva 2000/78/CE, do Conselho de 27 de novembro de 2000, deve ser interpretada no sentido de permitir a extensão do seu âmbito de aplicação subjetivo não apenas às pessoas portadoras de deficiência, S, Coleman v Attridge Law e Steve Law, acedido a 24 de maio de 2018, às 00:03h, disponível para consulta em <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-303/06>.

¹²⁶ Na jurisprudência europeia, o único caso que dispensa este exercício de comparação é a situação da mulher grávida, a jurisprudência fixou que quando uma mulher grávida é preterida em favor de outro indivíduo, considerar-se-á que estamos perante uma discriminação em razão do sexo. No caso *Elisabeth Johanna Pacífica Dekker vs. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, de 08 de novembro de 1990, processo C-177/88 entendeu que uma vez que apenas as mulheres podem engravidar, quando uma mulher grávida é dispensada ou não admitida, estamos perante uma discriminação em razão do sexo injustificável independentemente do interesse invocado pelo empregador.

¹²⁷ No acórdão *Nikoloudi*, processo C-196/02, de 10 de março de 2005, o TJUE entendeu que quando um trabalhador afirma que o princípio da igualdade de tratamento foi violado e apresenta factos que permitam presumir a existência de uma discriminação, as normas da União Europeia relativas ao ónus da prova nos

2000/48/CE, menciona a necessidade de se verificar um juízo comparativo para que estejamos perante uma prática discriminatória. Este juízo é feito tendo em conta uma pessoa que esteve ou está objetivamente nas mesmas circunstâncias que o indivíduo que alega a discriminação, com a exceção do elemento diferenciador¹²⁸.

No que respeita à discriminação¹²⁹ indireta, esta verifica-se quando o estabelecimento de uma regra, critério ou prática, aparentemente neutros, afeta um grupo protegido de forma negativa em comparação com outro grupo na mesma situação. O efeito discriminatório verifica-se não no tratamento diferenciado, mas sim nos efeitos de um tratamento neutro. Este efeito negativo é apurado através da análise de dados estatísticos¹³⁰ que evidenciam que um grupo protegido é desproporcionalmente afetado de forma negativa em relação a outro grupo na mesma situação. No acórdão do TJUE, Voß, processo C-300/06, de 6 de dezembro de 2007, o tribunal entendeu que para proceder à análise da existência de discriminação indireta é necessário estabelecer se a legislação nacional instituíra uma distinção entre trabalhadores a tempo parcial e trabalhadores a tempo integral e se essa diferença afeta um grupo consideravelmente superior de mulheres do que de homens. Verificada essa diferença é necessário verificar se existem fatores objetivos e alheios a qualquer discriminação baseada no sexo. Estaremos perante uma discriminação indireta em razão do sexo se os dados estatísticos mostrarem que a percentagem de trabalhadores a tempo parcial do sexo feminino é superior à percentagem de trabalhadores a tempo parcial do sexo masculino sem que exista, na legislação nacional, justificação objetiva e alheia a qualquer discriminação baseada no sexo.

A jurisprudência comunitária admite a possibilidade de tratamentos discriminatórios, por exemplo nos casos de discriminação indireta quando falamos de normas que colocam um grupo em desvantagem, com base em critérios lícitos e que são introduzidos com a finalidade de atingir um fim constitucionalmente desejável, defende-se que a conduta poderá considerar-se justificada desde que estejamos perante uma necessidade real e que a medida adotada seja adequada à prossecução do objetivo e

casos de discriminação baseada no sexo devem ser interpretadas no sentido de que incumbe à parte demandada provar que não houve violação do referido princípio.

¹²⁸ Moreira, Teresa Coelho, O ónus da prova em casos de discriminação..., p. 89.

¹²⁹ Vide artigo 2º nº 2 alínea b) da Diretiva 2000/43/CE.

¹³⁰ Teresa Coelho Moreira defende que as estatísticas não podem ser o único meio para provar a discriminação indireta de acordo com o disposto no considerando 15 da Diretiva 2000/78/CE cfr. O ónus da prova.. p. 114.

necessária para atingir o fim¹³¹. Exemplo deste entendimento é o acórdão do Tribunal de Justiça Europeu *Felix Palacios de la Villa v Cortefiel Servicios SA*, processo C-411/05, de 16 de outubro de 2007, em que o tribunal entendeu estarmos perante uma discriminação justificada quando esta é *fundada em objetivos legítimos inseridos no quadro do direito nacional incluindo aquela que se inserem na política de emprego, do mercado de trabalho e de formação profissional desde que através de meios apropriados e necessários*.

No direito laboral é permitido ao empregador a prática de atos discriminatórios com base num elemento diferenciador protegido quando a característica em causa esteja diretamente relacionada com a função concretamente desempenhada. Na jurisprudência do TJUE a relação com a função desempenhada é denominada de *genuine occupational requirement*, e vem prevista no artigo 4º nº 1 da Diretiva 2000/78/CE, de 27 de novembro de 2000, que dita que “*uma diferença de tratamento baseada numa característica relacionada com qualquer dos motivos de discriminação referidos no artigo 1.º não constituirá discriminação sempre que, em virtude da natureza da atividade profissional em causa ou do contexto da sua execução, essa característica constitua um requisito essencial e determinante para o exercício dessa atividade, na condição de o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional*”¹³².

O critério permite a empregador diferenciar os indivíduos com base num elemento diferenciador quando este se revele determinante para o desempenho da prestação laboral. No caso *Mahlburg v Land Mecklenburg-Vorpommern*¹³³, a entidade patronal não celebrou um contrato de trabalho por tempo indeterminado porque o estado de gravidez da trabalhadora a impedia de prestar a atividade de imediato, o TJUE entendeu que a recusa era desproporcional, uma vez que o posto de trabalho em causa era um posto que implicava permanência a longo prazo e foi-lhe recusado por uma impossibilidade temporária.

O considerando 18 da diretiva 2000/78/CE, dedica-se em especial à articulação entre o *genuine occupational requirement* e as profissões relacionadas com defesa e segurança, permitindo que os Estados-membros possam introduzir critérios de acesso às forças militares baseados na idade ou deficiência.

¹³¹ Canotilho, Mariana, Brevíssimos apontamentos sobre a não discriminação..., p. 105.

¹³² Diretiva 2000/78/CE, de 27 de novembro que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, disponível na internet, <http://cite.gov.pt/imgs/directivas/Directiva%202000-78.pdf>.

¹³³ Acórdão *Mahlburg v. Land Mecklenburg-Vorpommern*, processo C-207/98, 3 de fevereiro de 2000.

No que se refere ao ónus da prova no direito comunitário, a Diretiva 97/80/CE de 15 de dezembro de 1997, estabeleceu o funcionamento do ónus da prova nos casos de discriminação baseada no sexo. No seu artigo 4º nº 1 dita que a pessoa que se sinta discriminada deverá apresentar os factos constitutivos da presunção de discriminação e incumbirá à parte demandada provar que não houve discriminação. O mesmo dispõe o artigo 8º da Diretiva 2000/43/CE e o artigo 10º da Diretiva 2000/78/CE.

À luz destas disposições cabe ao trabalhador ou candidato a emprego estabelecer os elementos que permitam presumir pela situação de discriminação. No acórdão *Feryn*¹³⁴, processo C-54/07 o tribunal entendeu que para fazer funcionar a inversão do ónus da prova basta que o demandante traga para o processo os elementos que consubstanciem a existência de uma presunção de discriminação. Neste processo o tribunal entendeu que a simples declaração da entidade patronal bastaria para fazer funcionar a inversão do ónus da prova, prescindindo do juízo comparativo. Segundo Teresa Coelho Moreira¹³⁵, o juízo comparativo que consta da definição de discriminação direta não tem que ser real, pode ser meramente hipotético ou nem existir cabendo ao demandante tornar plausível a ideia de que é dispensável proceder à comparação.

O TJUE entende que devem ser estabelecidos os factos que fazem funcionar a inversão do ónus, ao contrário da jurisprudência portuguesa que exige a alegação e a prova do tratamento diferenciado, do elemento diferenciador e do nexo de causalidade entre ambos.

2.1. Igualdade e não discriminação em situação de doença

No que se refere à discriminação em situação de doença, o acórdão do TJUE Chacón Navas, de 11 de julho de 2006, processo nº C-13/05, foi o primeiro caso sobre discriminação em razão da deficiência¹³⁶, tendo sido abordada a questão do afastamento do trabalhador por este se encontrar doente. A situação de discriminação foi invocada aquando do despedimento de Chacón durante o seu período de baixa por doença, e foi solicitado ao TJUE que apreciasse se a situação de doença se incluía no âmbito da discriminação em razão da deficiência e que, em caso de a primeira resposta ser

¹³⁴ Acórdão *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding vs Firma Feryn NV*, de 10 de julho de 2008, processo C-54/07.

¹³⁵ Moreira, Teresa Coelho, O ónus da prova em casos de discriminação, p. 114, pp. 79-125, in *Igualdade e não discriminação*, Lisboa, Almedina, 2013.

¹³⁶ Centro de Estudos Judiciários, “Saúde, doença e discriminação no local de trabalho”, coleção de formação contínua 2013-2014, e-book, agosto de 2016.

negativa, que apreciasse se a situação de doença devia ser considerada uma característica adicional às que constam da Diretiva 2000/78/CE.

O tribunal foi categórico ao avançar que o conceito de doença não se inseria no âmbito do conceito de deficiência. No entendimento do tribunal estávamos perante dois conceitos autónomos uma vez que o que releva para este último é a limitação resultante de uma incapacidade que impeça a participação do indivíduo na vida profissional conforme resulta da exigência da própria diretiva de adaptação do local de trabalho, que sugere a ideia de um quadro clínico de longa duração. Desta forma, como Chacón padecia de uma doença que o impedia de retomar a sua atividade a curto prazo não se encontrava protegido pela diretiva.

Posteriormente em 2013, o TJUE ampliou o âmbito de aplicação da diretiva no caso *Jette Ring*, processos C-335/11 e C-337/11, de 11 de abril de 2013. Nesta decisão o tribunal acolheu a definição de deficiência que consta da Convenção das Nações Unidas, à luz da convenção entende-se como limitação aquela que “*resulta, designadamente, de incapacidades físicas, mentais ou psíquicas, cuja interação com diferentes barreiras pode impedir a participação plena e efetiva da pessoa em questão na vida profissional em condições de igualdade com os outros trabalhadores*”, admitindo poder tratar-se de uma doença incurável ou não e que o quadro clínico não tem que impedir o indivíduo de trabalhar mas sim de participar plenamente na vida profissional, abrindo-se aqui portas para as situações relativas a doenças crónicas que sob esta interpretação do TJUE poderão ser acolhidas no conceito de deficiência para o efeito da Diretiva 2000/78/CE.

3. Igualdade e não discriminação no Código do Trabalho

3.1. Considerações gerais

No CT de 2009, a matéria da discriminação está prevista nos seus artigos 23º e seguintes. Nas disposições gerais sobre igualdade e não discriminação afirma-se a igualdade de oportunidades enquanto corolário da proteção do trabalhador e da dignidade da pessoa humana¹³⁷.

¹³⁷ Martínez, Pedro Romano, et. al, *Código do Trabalho – Anotado...*, p.164.

O disposto no artigo 24º do CT regula o direito à igualdade no emprego afirmando a aplicação, quer na vertente formal, quer na vertente material, da paridade no acesso às oportunidades disponíveis. O direito à igualdade aplica-se em todas as fases do processo de contratação, desde a formação do contrato de trabalho até à sua execução e estendendo-se às estruturas representativas dos trabalhadores¹³⁸.

As relações laborais são terreno fértil para a verificação de situações de discriminação, as suas especificidades permitem que o indivíduo possa ser vítima de um ato discriminatório mesmo antes de poder demonstrar as suas qualidades e potencialidades. Na fase pré-contratual a autonomia privada concede ao empregador uma liberdade total na escolha do futuro trabalhador de acordo com o perfil estipulado pelas políticas de gestão empresarial, como tal o empregador pode escolher o candidato que entender mais adequado, desde que a escolha não se funde em motivos ilegítimos que consubstanciem atos discriminatórios.

No artigo 24º do CT, o seu nº 1 veda o tratamento discriminatório em razão de um conjunto não taxativo de elementos diferenciadores, nele se incluem o património genético, as doenças crónicas e a capacidade de trabalho reduzida.

A proibição de discriminação é atenuada pelo disposto no artigo 25º nº 2 do CT, que determina que não existirá discriminação se a diferença de tratamento ocorrer em razão da natureza da atividade profissional ou do contexto em que a mesma é exercida, se o elemento diferenciador for determinante para o desempenho da atividade, a finalidade do tratamento diferenciado for legítima e respeitar o princípio da proporcionalidade.

Para estarmos perante uma situação de discriminação merecedora de tutela será necessário que a diferença de tratamento seja injustificada. Segundo o artigo 25º nº 2 do CT, verificada a justificação do ato discriminatório o mesmo é admissível e, portanto, não haverá lugar a necessidade de tutela. Para que seja justificado, o tratamento diferenciado terá que ter um fim legítimo e preencher o requisito de proporcionalidade. Caso contrário, estamos perante uma discriminação ilegítima que faz funcionar o regime do artigo 25º nº 5 do CT e que dita que caberá ao empregador provar que a diferença de tratamento não assenta num fator de discriminação. A maioria da doutrina fala aqui da inversão do ónus da prova como mecanismo de tutela do trabalhador em situações de discriminação do trabalhador ou candidato a emprego.

¹³⁸ Martínez, Pedro Romano, et. al, *Código do Trabalho – Anotado...*, p. 168.

Comecemos pelo requisito da proporcionalidade, este requisito encontra-se na CRP no seu artigo 18º n.º 2, aplicando-se nas relações entre privados para as relações de poder-sujeição em que a relação contratual surge desequilibrada colocando em risco o exercício da liberdade contratual de uma das partes¹³⁹. Dita o princípio da proporcionalidade que a restrição a um direito fundamental deverá ponderar a relação entre os meios utilizados e os fins que se propõe alcançar com a restrição. Este princípio é analisado em três vetores: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. De acordo com estes subprincípios a medida restritiva do direito deverá ser adequada a alcançar o objetivo, deverá consubstanciar o meio menos gravoso e deverá ter na génese um juízo de ponderação dos bens que estão em causa, ou seja, a proporcionalidade em sentido estrito implica que o bem restringido não seja superior ao bem que gera a restrição¹⁴⁰.

A doença é considerada um elemento diferenciador nos termos do artigo 24º n.º 1 do CT, significa isto que a capacidade de trabalho reduzida e as doenças crónicas não podem servir de base para o tratamento diferenciado do trabalhador, nos casos em que o quadro clínico não é relevante para a prestação laboral. Porém, ao contrário de outros elementos diferenciadores como o sexo e a raça que são características irrelevantes para determinar a capacidade do indivíduo para a prestação laboral, raros serão os casos em que o estado clínico de um trabalhador ou candidato a emprego não irá interferir com a prestação laboral.

Na discriminação em razão da doença a questão colocou-se relativamente ao trabalhador com HIV/SIDA. Tratava-se de um trabalhador que foi considerado inapto para a profissão de cozinheiro, na sequência de exames realizado no âmbito da medicina no trabalho. Porém não é apenas nos casos das doenças infectocontagiosas que podemos problematizar a posição mais frágil do trabalhador. O trabalhador doente representa gastos para a empresa, nomeadamente porque necessita de faltar ao trabalho com maior frequência provocando quebras de produtividade que se refletem no lucro da empresa e algumas condições clínicas podem significar, a longo prazo, a impossibilidade para a prestação, o que representa gastos infrutíferos com a formação. O trabalhador com doença crónica, para lá das ausências pontuais, poderá ter que se

¹³⁹ Abrantes, José João, Princípio da proporcionalidade..., p. 321.

¹⁴⁰ Miranda, Jorge e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I – Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1º a 79º*, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

ausentar por longos períodos de tempo, provocando a necessidade de mobilizar recursos humanos para suprir essa falta.

No local de trabalho, a linha que separa a vida laboral da vida privada do trabalhador é bastante ténue e o entrecruzamento destas duas esferas da vida do indivíduo é frequente, possibilitando o conhecimento de informações relativas à vida privada do trabalhador, nomeadamente no que respeita ao seu estado de saúde¹⁴¹.

O tratamento diferenciado do trabalhador doente será legítimo quando estiverem em causa outros interesses relevantes, nomeadamente quando o estado clínico foi originado ou agravado pelas condições laborais ou quando representa um risco para terceiros¹⁴². Não verificadas estas circunstâncias, o tratamento diferenciado do trabalhador doente não terá um fim legítimo e será considerado desproporcional, uma vez que o interesse do empregador na obtenção de lucro não é o bastante para restringir o direito fundamental do trabalhador doente à igualdade e ao emprego.

3.1.1. O ónus da prova

A regra geral relativa ao ónus da prova está prevista no artigo 342º nº 1 do CC, e dita que quem invoca um direito tem que fazer prova dos factos constitutivos desse direito, as exceções à regra geral são aquelas previstas na lei.

No contexto laboral a abordagem do ónus da prova é distinta uma vez que deve ser tida em conta a posição desigual das partes do ponto de vista factual, jurídico e económico. No domínio da discriminação no local de trabalho a regra do artigo 342º nº 1 do CC sofre alterações, o trabalhador ou candidato a emprego tem que alegar os factos que fazem funcionar a presunção de que foi tratado de forma diferenciada em relação a outro trabalhador nas mesmas circunstâncias, exigindo-se a introdução de um juízo comparativo.

¹⁴¹No que se refere a informação sobre o estado de saúde do trabalhador não falamos aqui das doenças provocadas ou agravadas pelas condições laborais, nestas a medicina do trabalho encontra a sua razão de existir, uma vez que a sua finalidade é contribuir para o dever do empregador de providenciar um local de trabalho em condições de segurança e saúde, *vide*, João Palla Lizardo, Exames médicos obrigatórios e direitos de personalidade – o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25-10-2000, *in Questões Laborais* nº 24, pp. 215-224, Lisboa, 2004. Segundo ao autor a legislação sobre higiene e segurança no trabalho destina-se a avaliar as repercussões da atividade profissional e não as repercussões do estado clínico do trabalhador na prestação laboral.

¹⁴² Vicente, Joana Nunes; Rouxinol, Milena Silva, Entre o direito à saúde e o direito a estar doente – comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29 de Maio de 2007, pp. 89-114, *in Questões Laborais*, Ano XV, nº 31, Lisboa, 2008.

Acerca do disposto no artigo 25º nº 5 do CT a doutrina perfila-se em torno de, essencialmente, duas posições. Questiona-se se estamos perante uma verdadeira inversão do ónus da prova¹⁴³ ou se estamos perante uma regra que dita a sua repartição¹⁴⁴¹⁴⁵.

Quanto à primeira posição, a lógica que lhe está subjacente é a de que cabe ao trabalhador invocar e demonstrar o tratamento diferenciado e que esse comportamento está associado a um elemento diferenciador. Provado o nexo de causalidade através do juízo comparativo, funciona a inversão do ónus. Desta forma para fazer funcionar a inversão do ónus da prova o trabalhador que invoca a discriminação deve alegar e provar os factos que permita concluir que o tratamento diferenciado viola o princípio da igualdade. No exemplo da invocação da desigualdade salarial o autor terá que alegar e provar os factos que permitam concluir que estamos perante uma função objetivamente semelhante – trabalho igual- não bastando estabelecer o juízo comparativo apenas com base na categoria profissional¹⁴⁶.

A lógica da posição defensora da repartição do ónus da prova dita que ao trabalhador cabe alegar os factos que permitem presumir uma diferença de tratamento e ao empregador cabe justificar os factos provando a ausência de discriminação¹⁴⁷.

Na jurisprudência, o Supremo Tribunal de Justiça tem o entendimento de que cabe ao trabalhador alegar e provar que os factos que integram a prática discriminatória¹⁴⁸, para que possa fazer funcionar a regra de inversão do ónus da prova competindo ao empregador provar que o tratamento diferenciado não reside num elemento diferenciador¹⁴⁹. Entende-se que só há lugar ao afastamento do princípio geral do ónus da prova do artigo 342º nº 1 do CC quando o trabalhador invoque um dos elementos

¹⁴³ Vide a anotação ao artigo 25º nº 5 do CT, em que o autor defende que a norma consagra uma regra geral de inversão do ónus da prova in *Código do Trabalho Anotado...*, p. 174.

¹⁴⁴ Ramalho, Maria do Rosário Palma, *Direito do Trabalho, II*, p. 169

¹⁴⁵ Romano, Pedro Martinez, *Direito do Trabalho*, 8ª Edição. Lisboa, Almedina, 2017. Segundo o autor verifica-se a repartição do ónus da prova uma vez que é o trabalhador que tem que alegar a discriminação, fundamentá-la e indicar os trabalhadores em relação aos quais se sente discriminado. Feita esta prova, o empregador terá que demonstrar que as diferenças invocadas têm justificação plausível e, portanto, não existe discriminação.

¹⁴⁶ Acórdão do STJ, de 18 de dezembro de 2013, processo 248/10.0TTBRG.P1. S1.

¹⁴⁷ Carvalho, Paulo Morgado de, Ónus da prova em caso de discriminação, pp. 109-136, in *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, vol. III, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015.

¹⁴⁸ Acórdão do STJ, de 12 de outubro de 2011, processo 343/01.4TTBCL.P1. S1.

¹⁴⁹ Porém o acórdão do STJ de 14 de dezembro de 2016, processo 4521/13.7TTLSB.L1. S1, refere que o trabalhador não tem que alegar os factos relativos à natureza, qualidade e quantidade das prestações laborais em comparação com os restantes trabalhadores, bastando alegar o fundamento da discriminação para fazer funcionar a inversão do ónus da prova no que se refere ao nexo causal.

diferenciadores do artigo 24º nº 1 do CT alegando os factos que possam integrar uma das categorias desses fatores discriminatórios¹⁵⁰.

A doutrina defensora da inversão do ónus da prova tem se pronunciado no sentido de que a jurisprudência tem feito uma interpretação muito restritiva do que dispõe o artigo 25º nº 5 do CT, Teresa Coelho Moreira avança que a norma “*consagra a inversão do ónus da prova, mas que mais parece uma partilha do mesmo*”¹⁵¹.

A partilha do ónus da prova implica que sobre o trabalhador recai o ónus de alegar os atos suscetíveis de causar a suspeição e fundamentá-la indicando a conexão entre o tratamento e o elemento diferenciado, aqui indicando os trabalhadores em relação aos quais se sente discriminado, ou seja, devendo provar os elementos constitutivos do direito nos termos do disposto na regra geral do artigo 342º nº 1 do CC.

De facto, a jurisprudência pronuncia-se no sentido em que cabe ao trabalhador invocar e demonstrar, para além do tratamento diferenciado, o facto que consubstanciava fator de discriminação e o nexo de causalidade entre o tratamento diferenciado e o elemento diferenciado, provado tal facto funciona a inversão do ónus da prova, uma vez que, face a esse fator o legislador assume que a diferenciação ocorreu em razão do fator diferenciador. De acordo com a jurisprudência¹⁵² pese embora o tratamento desigual possa indiciar uma situação de discriminação só podemos retirar essa conclusão se associarmos o comportamento ao elemento diferenciador, ou seja, o trabalhador ou candidato a emprego terá que provar o nexo de causalidade, a prova faz-se através do recurso a um elemento comparador, o indivíduo tem que indicar outra pessoa que esteja ou estivesse estado, objetivamente, nas mesmas circunstâncias com exceção do elemento diferenciador.

A prova varia consoante estamos perante discriminação direta ou discriminação indireta. Na primeira têm que ser alegados os factos que permitam ao julgador fazer o juízo comparativo entre o trabalhador que alega a discriminação e os trabalhadores que se encontram ou encontravam, objetivamente, nas mesmas circunstâncias¹⁵³.

Para além da questão relativa ao ónus da prova, os termos do exercício do direito de ação das associações sindicais em representação e substituição dos trabalhadores foram

¹⁵⁰ Acórdão do STJ de 19 de fevereiro de 2013, processo 5/11.6TTGRD.C1. S1.

¹⁵¹ Moreira, Teresa, O ónus da prova..., p. 113.

¹⁵² Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15 de outubro de 2012, proc. 602/11/0TTGMR.P1.

¹⁵³ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15 de outubro de 2012, proc. 602/11/0TTGMR.P1.

aumentados e foi criado um processo especial relativo à igualdade e não discriminação em razão do sexo¹⁵⁴.

¹⁵⁴Carvalho, Paulo Morgado de, O ónus da prova em caso de discriminação, pp. 109-136, in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, vol. III, Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015.

III.A Questão da Informação Genética

1. O direito internacional do genoma humano

Em 1988 foi criada a *Human Genome Organization* destinada à investigação científica para a sequência e mapeamento do genoma humano. Logo em seguida um conjunto de países e organizações internacionais integraram o projeto, transformando-o num projeto internacional com os seguintes objetivos¹⁵⁵:

- Conseguir uma sequência ordenada de todo o genoma humano;
- Identificar os genes que determinam doenças;
- Desenvolver a tecnologia e os exames para que possam ser utilizados na sequência do genoma e nos testes genéticos;
- Estabelecer as bases científicas que se destinam a promover o aperfeiçoamento da reparação e substituição de genes.

O sucesso desta empreitada trouxe consigo uma nova forma de ver a saúde. Os testes genéticos permitiram identificar a presença de determinados genes que estão ligados a determinadas doenças, permitindo ao indivíduo tomar medidas preventivas para eliminar ou atenuar essas doenças e as suas manifestações.

O primeiro texto internacional acerca do genoma humano foi a Declaração sobre o Genoma Humano da UNESCO e caracterizou-se por elevar a património da humanidade um bem que não era uma realidade física¹⁵⁶. Esta declaração surge em 1997, quatro anos depois da criação da Comissão de Bioética da UNESCO, e reconheceu que apesar de os instrumentos internacionais já existentes à data poderem ser aplicáveis em matéria do genoma humano, nomeadamente a Convenção das Nações Unidas sobre a Diversidade Biológica de 5 de junho de 1992, a declaração surge para

¹⁵⁵ Morgado, Marta da Fonseca, *Intervenções no Genoma Humano: Problemática Ético-jurídica*, pp. 1019-1160, in *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 2 (2016) nº 6, CIDP, Lisboa.
Barbas, Stela, *Direito do Genoma Humano*, p.75, Lisboa, Almedina, 2011.

¹⁵⁶ Serrão, Daniel, A UNESCO e o genoma humano, in *Brotéria*, Cultura e Informação, vol.143, p. 606, pp. 605-612, dezembro de 1996, acedido em 03 de maio de 2018, às 00:56h, disponível na internet, http://www.broteria.pt/?detail=1&books_id=216.

fazer face ao desenvolvimento científico e tecnológico protegendo o genoma humano em todo o mundo¹⁵⁷.

A elevação do genoma humano a património da humanidade submete a sua utilização a um Comité Internacional das Nações Unidas que apesar de manter livre a investigação nesta matéria, sujeita ao controlo internacional aplicação dos seus resultados com a finalidade de assegurar a integridade genómica da humanidade. A Declaração da UNESCO consagra o princípio do consentimento e da confidencialidade da informação sobre o genoma humano. À luz do primeiro, qualquer intervenção em matéria da genética do indivíduo deve ocorrer quando obtido o consentimento prévio, livre e esclarecido e com o respeito pelo direito do indivíduo de não ser informado dos resultados das análises aos seus genes. No que respeita ao princípio da confidencialidade, este dita que cada país deverá legislar no sentido de assegurar a confidencialidade dos dados genéticos. O princípio do consentimento e da confidencialidade apenas poderão ser limitados por razões imperativas de direito internacional e legislação internacional sobre direitos humanos.

Em 2004, é adotada pela UNESCO a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, cujo objetivo era a proteção dos direitos humanos na recolha, tratamento e utilização de dados genéticos definindo os princípios que devem reger a legislação interna de cada Estado nesta matéria. Aqui os dados genéticos são definidos como as informações relativas às características hereditárias do indivíduo obtidas pela análise de ácido nucleicos ou outras análises científicas, por sua vez, teste genético é entendido como o método utilizado para detetar a ausência, presença ou modificação de um determinado gene ou cromossoma, incluindo os testes indiretos¹⁵⁸. É reforçada a exigência de consentimento prévio, livre, informado e expresso, podendo este ser retirado a qualquer momento sem que haja lugar a qualquer desvantagem ou penalização.

Em 2005, a Conferência Geral da UNESCO adotou a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos e conjuntamente uma resolução que apelava aos Estados

¹⁵⁷ Vide Prefácio da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, acedido em 08 de maio de 2018 às 23:35h, disponível na internet, <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>.

¹⁵⁸ Vide artigo 2º da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, acedido a 02 de maio de 2018, às 19:21h, disponível na internet, <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001361/136112porb.pdf>.

para que estes desenvolvessem esforços para a aplicação efetiva dos princípios enunciados e destinava-se a estabelecer os princípios aplicáveis às questões éticas no âmbito da medicina, ciência e tecnologia. No que respeita ao tratamento, os dados genéticos não devem ser comunicados nem acessíveis a terceiros nomeadamente empregadores e companhias de seguros, exceto em caso de interesse público ou consentimento do titular, neste último apenas se o consentimento estiver de acordo com os direitos humanos.

Regionalmente, o Conselho da Europa criou um Comité para a elaboração de uma Convenção que protegesse os seres humanos face às intervenções da biologia e da medicina. A 4 de abril de 1997 foi assinada a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da dignidade do ser humano relativamente às aplicações da biologia e da medicina, mais conhecida por Convenção Europeia de Bioética. A Convenção dedica o seu capítulo IV à matéria do Genoma Humano, consagrando a proibição de discriminação contra um indivíduo em virtude do seu património genético e a realização de testes preditivos ou de testes que permitam identificar o indivíduo como portador de um gene responsável por uma doença, predisposição ou suscetibilidade genética a uma doença. A CDFUE em 2000, acolhe o tema do perigo da discriminação genética e das práticas eugénicas, no seu artigo 21º nº 1 proíbe a discriminação em razão das características genéticas.

Da análise dos textos internacionais na matéria do genoma humano Stela Barbas individualiza um conjunto de princípios essenciais aplicáveis¹⁵⁹:

- Princípio da dignidade da pessoa humana, que dita que o corpo humano não pode ser objeto de comércio;
- Princípio da autonomia privada que se traduz no direito de cada pessoa à sua autorrealização;
- O princípio da igualdade e não discriminação, que determina que ninguém deve ser tratado de forma diferente por causa da sua identidade genética;
- O direito à autodeterminação informacional que dita que o indivíduo tem o direito a conhecer os elementos genético que o constituem, porém também lhe é reconhecido o direito a não saber;
- O direito à privacidade dos dados genéticos.

¹⁵⁹ Barbas, Stela, *Direito do Genoma...*, p. 149-150.

A particularidade desta matéria é que ao mesmo tempo que o genoma humano respeita àquilo que o ser humano tem de mais seu, por dizer respeito ao cerne da sua existência biológica, qualquer intervenção, sempre realizada a título individual, tem repercussões ao nível da comunidade¹⁶⁰.

No que respeita ao genoma humano, o direito à autodeterminação informativa e o direito à privacidade andam de mãos dadas. O artigo 10º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina determina que as informações sobre a saúde bem como o direito a conhecê-la são um direito de qualquer indivíduo, o mesmo consagra o artigo 5º alínea c) da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem, mas especificamente quanto aos dados genéticos. No que respeita à privacidade, como já vimos *supra*, não estamos perante um direito absoluto, este poderá ceder perante outros interesses que com ele colidam.

A ponderação dos interesses em conflito, quando estão em causa os dados genéticos é uma atividade muito delicada uma vez que qualquer restrição nesta matéria é uma restrição àquilo que de mais íntimo tem o ser humano. Não significa aqui que o direito à privacidade seja absoluto, isto porque o total resguardo desta informação obsta ao desenvolvimento científico cujas consequências se manifestam não só quanto ao indivíduo enquanto tal, mas em toda a comunidade uma vez que os genes são portadores de informação comum à espécie humana¹⁶¹, daí se admitirem limitações ao direito à privacidade dos dados genéticos em situações determinadas.

2. Informação Genética no local de trabalho

No trabalho, a medicina preditiva veio aumentar a quantidade de informação suscetível de ser obtida acerca do indivíduo. Atualmente é possível aplicar o fator preditivo, que caracteriza os testes genéticos, a quadros clínicos comuns como diabetes, hipertensão, doenças cardíacas entre outros, aumentando o seu potencial discriminatório uma vez

¹⁶⁰ Barbas Stela, *Direito do Genoma...*, p. 434.

¹⁶¹ Xavier, Bernardo, O Acesso à Informação Genética. O caso particular das entidades empregadoras, p. 142-143, pp. 141-164, in *Estudos de Direito da Bioética, Vol. I, Coord. José de Oliveira Ascensão*, Almedina, 2005, Lisboa.

que se torna possível ampliar consideravelmente o número de indivíduos assintomáticos que podem vir a sofrer de alguma forma de discriminação¹⁶².

No local de trabalho, o controlo genético pode ser feito de duas formas, através da monitorização e através da triagem¹⁶³. A monitorização relaciona-se com a examinação periódica para a avaliação das alterações no material genético do indivíduo geralmente desencadeada no âmbito da prestação de atividades laborais que comportam riscos significativos para a saúde do trabalhador e destina-se a identificar as áreas em que é necessário reforçar práticas de saúde e segurança no trabalho. Por sua vez, a triagem genética consubstancia-se na identificação das características genéticas dos trabalhadores ou candidatos a emprego, tentando identificar determinadas predisposições para o desenvolvimento de quadros clínicos futuros, sem que tenha que existir uma relação entre a atividade a desempenhar e a identificação dessas predisposições. Estas formas de controlo podem ser utilizadas em processos de seleção, durante a execução do contrato e sob o fundamento de evitar a exposição a riscos.

Este controlo permite a redução de custos e apesar de alguns testes significarem custos avultados a tendência é para a redução destes mesmos custos com o desenvolvimento tecnológico. Para mais, é argumentado que as entidades empregadoras não estão a discriminar ilegítimamente os indivíduos escolhendo aqueles que têm um menor risco de doenças genéticas hereditárias ou sensibilidade genética para o surgimento de determinados quadros clínicos se tivermos em conta as exigências de boa fé aplicáveis à relação contratual¹⁶⁴ uma vez que é possível que não seja economicamente exigível, por demasiado oneroso, ao empregador eliminar todos os fatores ambientais no local de trabalho que colocam em risco um conjunto minoritário de trabalhadores. A favor da existência desta triagem no local de trabalho argumenta-se, também, que tal controlo beneficia tanto o empregador como o trabalhador, uma vez que recai sobre o empregador a obrigação de prevenir a doença e os acidentes no local de trabalho. Quer

¹⁶²Paor de Aisling and Noel Lowndes, Tracing the history, evolution and future orientation of genetic science and technology, pp. 11-35, in *Genetic Discrimination – Transatlantic perspectives on the case for a European-level legal response*, Routledge, Nova Iorque, 2015.

¹⁶³ Pagnatarro, Marisa Anne, “Genetic Discrimination and the workplace: employee’s right to privacy v. employer’s need to know”, pp. 139-185, in *American Business Law Journal*, vol. 39.

¹⁶⁴ Nesta questão, Stela Barbas entende que o dever de informação, implica que o trabalhador ou candidato a emprego devem informar o empregador de que padecem de uma doença monogénica em que, ao contrário do que acontece nas doenças multifatoriais, existe uma probabilidade de tal forma elevada, que falamos de uma quase-certeza, acerca da manifestação da doença se a mesma tiver efeitos negativos na prestação da atividade, vide *Direito do Genoma*., pp. 586-593.

melhorando as condições do local de trabalho adequando-as à força de trabalho ou por outro lado adaptando os trabalhadores ao local de trabalho.

A possibilidade de proceder a testes genéticos distingue-se dos exames normalmente realizados no âmbito da medicina no trabalho por os primeiros permitirem diagnosticar o estado de saúde futuro, conhecimento esse pode ser utilizado em benefício do trabalhador como também contra si. Esta possibilidade obrigou à ponderação dos interesses em causa no contexto laboral¹⁶⁵, isto porque se reconhece que o empregador pode ter interesse na informação genética do indivíduo, quer seja através da realização de testes genéticos quer através da aquisição de informação acerca do historial familiar médico¹⁶⁶.

Do ponto de vista do empregador são identificados dois interesses predominantes: os interesses económicos¹⁶⁷ e as preocupações relativas a políticas de segurança e saúde no trabalho que encerram também a questão relativa à tutela de terceiros. Os primeiros relacionam-se com o facto de ser do interesse do empregador ter ao seu dispor recursos humanos saudáveis evitando perdas relativas à menor produtividade e absentismo relacionados com o trabalhador doente e a poupança com despesas de formação profissional em trabalhadores que mais tarde estarão inaptos para a prestação laboral. Em países como os EUA, cujo sistema de saúde se desenvolve essencialmente no setor privado através dos seguros de saúde que integram o pacote remuneratório dos trabalhadores, esta questão colocava-se com maior acuidade porque trabalhadores doentes significavam gastos mais elevados nos prémios de seguro suportados pelas entidades empregadoras¹⁶⁸. Quanto aos interesses relacionados com a saúde e segurança no trabalho, incluindo a proteção de terceiros, o controlo genético permite impedir que

¹⁶⁵ Para um maior desenvolvimento sobre a ponderação dos interesses que estão em causa quando falamos de testes genéticos no local de trabalho, do ponto de vista do sistema de common law, vide John Dr Craig, *Privacy & Employment Law*, pp. 213 a 223, Hart Publishing, Oxford, 1999.

¹⁶⁶ Não esquecendo que este tipo de informação é essencialmente preditiva com todas as falhas que tal característica oferece, esta serve para alertar os indivíduos da probabilidade de vir a desenvolver determinados quadros clínicos futuros e a natureza hereditária de determinadas características e assim a possibilidade de se transmitirem para os descendentes, permitindo a realização de tratamentos preventivos e aumentando as possibilidades de atenuação de sintomas e até a cura, num estágio muito preliminar. Porém, esta informação pode ser interpretada e utilizada de forma errada, partindo-se do princípio que o indivíduo que possui predisposição genética para vir a desenvolver determinada doença é um indivíduo menos capaz, esta interpretação abre portas para a práticas discriminatórias, vide, John Dr Craig, *Privacy & Employment Law*, pp. 210 e 211, Hart Publishing, Oxford, 1999.

¹⁶⁷ Segundo Júlio Gomes, o mero interesse económico do empregador não justifica a realização de testes genéticos mesmo que exista consentimento, in *Direito do Trabalho...*, p. 347.

¹⁶⁸ Para maiores desenvolvimentos vide Employment practices in a new genomic era – Acknowledging competing rights and striking a balance, Aisling de Paor, pp. 161 a in *Genetic Discrimination - Transatlantic perspectives on the case for a European-level legal response*, Nova Iorque, Routledge, 2015.

predisposições genéticas do trabalhador sejam agravadas pelas condições específicas da prestação laboral, reduzindo o risco de acidentes de trabalho quer quanto ao trabalhador quer quanto aos terceiros que com ele se relacionem. Esta possibilidade permite um cumprimento mais eficaz das obrigações de saúde e segurança no trabalho impostas ao empregador.

Na tutela de terceiros a questão coloca-se para profissões em que o estado de saúde é determinante para o desempenho das suas funções em condições de segurança e cujo cumprimento é condição *sine qua non* para a redução a níveis mínimos de risco para a integridade física de terceiros. Um exemplo claro é o caso dos pilotos de avião¹⁶⁹ cuja deteção de quadros clínicos futuros que possam colocar em causa a prestação laboral e em consequência a integridade física justifica a realização de testes genéticos, desde que não esteja disponível outro meio menos lesivo para atingir o mesmo fim¹⁷⁰.

Do ponto de vista do trabalhador, a recolha da informação genética pode pôr em causa os direitos fundamentais do indivíduo¹⁷¹, nomeadamente o direito de igualdade e o direito à reserva da vida privada. No que respeita ao direito de igualdade do trabalhador, estamos perante o direito deste a não ser discriminado com base em informação que não se reporta ao estado de saúde atual do trabalhador, negando-lhe a igualdade de oportunidades no acesso ao trabalho. Relativamente o direito de reserva da vida privada, a informação genética respeita à essência biológica do ser humano com potencialidade para revelar mais dados pessoais que qualquer outra intervenção médica. Esta informação está protegida pelo direito da reserva da vida privada¹⁷², o que significa que está protegida da intervenção de terceiros apenas podendo ceder quando em conflito com outros interesses como o interesse público.

¹⁶⁹ No caso dos pilotos de avião comerciais, a sua admissão depende do resultado de um conjunto de exames médicos justificados pelo facto de que o desempenho da prestação laboral pode causar danos à integridade física e à vida de terceiros.

¹⁷⁰ Assim o dita o princípio da proporcionalidade do artigo 18º/2 da Constituição. Na doutrina da common law, Craig estabelece um conjunto de princípios aplicáveis ao direito à privacidade do trabalhador, um deles o recurso ao meio menos lesivo para o trabalhador in Craig, John Dr, “Privacy & Employment...”.

¹⁷¹ Juan Domínguez, na sua obra sobre a discriminação genética no local de trabalho, identifica como direitos fundamentais postos em perigo o direito à reserva da vida privada, dignidade da pessoa humana e livre desenvolvimento da personalidade e o direito à integridade física e autodeterminação informativa, in, “Pruebas Genéticas...”, pp.107 a 126.

¹⁷² Por estas razões, Juan Domínguez defendeu em 1999 que a informação genética pessoal deve ser preservada em relação a todos os indivíduos como “*reflejo del más básico sentido de la seguridad y de la moral del paciente o cliente*”, devendo apenas ser disponibilizada a terceiros em casos excecionais que apresentassem justificação bastante estando em absoluto vedada a sua inclusão em bancos de dados.

Antes de 2005, a doutrina ensaiou um conjunto de soluções perante a possibilidade de exigência de testes genéticos no contexto laboral. Com base nos textos internacionais nesta matéria, entendia a doutrina que o procedimento teria de se basear num determinado conjunto de condições, nomeadamente, a certeza de que o conhecimento adquirido sobre o trabalhador teria um grau de certeza no diagnóstico e prognóstico, que a instituição responsável pela recolha seria uma entidade externa, sem dependência funcional do empregador e que essa recolha apenas aconteceria quando se verificasse a vontade livre e esclarecida do trabalhador¹⁷³.

O Conselho da Europa, na Recomendação do Conselho da Europa sobre os dados médicos¹⁷⁴, exigia neste domínio a garantia de reserva absoluta da informação e o consentimento do indivíduo e o seu acesso à informação. A doutrina portuguesa entendia que os testes genéticos implicam o conhecimento de algo extremamente privado e reservado e sobre o qual recai inclusivamente a direito do próprio indivíduo ao não conhecimento destas características, pelo que à empresa não seria possível exigir este grau de informação exaustiva sobre o candidato a emprego. Porém outros autores defenderam que a proteção da privacidade genética iria depender consoante estivéssemos perante doenças monogénicas ou doenças multifatoriais. Segundo Stela Barbas, existiria um dever de revelação dos dados genéticos quando estão em causa doenças monogénicas e o empregador tem o direito de exigir testes para as mesmas, uma vez que se tratam de doenças cuja a probabilidade de manifestação futura é quase certa¹⁷⁵. Esta exigência surge em consequência do dever de lealdade¹⁷⁶ enquanto manifestação do princípio da boa fé, segundo a autora a realização de exames para apurar as condições físicas e psíquicas do candidato para a prestação laboral são permitidos à luz do sistema à data vigente, pelo que o raciocínio aplicável seria análogo no que se refere a doenças monogénicas que possam ter repercussões negativas na prestação laboral¹⁷⁷. Por sua vez, Bernardo Xavier distinguia entre testes de diagnóstico e testes de prognóstico, segundo o autor seria lícito aceitar os testes genéticos de

¹⁷³ Xavier, Bernardo, *O Acesso à Informação Genética...*, p 158.

¹⁷⁴ Disponível para na internet http://www.dgpi.mj.pt/sections/noticias/conselho-da-europa_3/downloadFile/attachedFile_f0/CMRec20155E.pdf?nocache=1428485746.25, acedido em 07 de março de 2018, às 22:04h.

¹⁷⁵ Barbas, Stela, *Direito do Genoma Humano*, pp. 586-593.

¹⁷⁶ Para a posição oposta, vide Júlio Gomes, pp. 349-350.

¹⁷⁷ Barbas, Stela, “Contratos de trabalho em face de novas possibilidades de diagnóstico” in *Brotéria* 5/6, vol. 150, pp. 593 a 605, maio/junho 2000, acedido em 07 de março de 2018, às 22:06h disponível na internet, http://www.broteria.pt/images/books/pdf/Brot%C3%A9ria_Cristianismo%20e%20Cultura_2000_Maio_Junho_Volume_5_6_150.pdf.

diagnóstico uma vez que se reportam à situação clínica atual e certa do indivíduo e a legislação em matéria de segurança e saúde no trabalho à data estabelecida, como o faz atualmente, que no momento da sua admissão o trabalhador deve informar sobre os elementos necessários ao apuramento da sua aptidão física e psíquica para o exercício das suas funções. No que respeita aos testes de prognóstico, o autor não afasta a possibilidade de recurso aos mesmos para efeitos de proteção e saúde e segurança do trabalhador e de terceiros, fora desses casos deverão ser proibidos os testes genéticos preditivos¹⁷⁸.

Amadeu Guerra, no contexto dos serviços de medicina no trabalho, defendia que a sua realização devia ser equacionada apenas à luz da legislação nesta matéria no âmbito da qual apenas em casos muito específicos os testes genéticos poderiam ser considerados testes de saúde, cujo recurso só seria permitido se se comprovasse de forma inequívoca que o recurso a tais testes era a única via idónea para assegurar o direito à saúde¹⁷⁹.

Em 2005, entra em vigor a Lei nº 12/2005, de 26 de janeiro sobre a informação genética pessoal, cujo artigo 13º dita o regime aplicável aos testes genéticos no emprego. A norma fixa um princípio geral de proibição da utilização deste tipo de informação nos processos de recrutamento e durante a execução do contrato de trabalho mesmo que o trabalhador o haja consentido. As exceções apenas poderão ocorrer quando estamos perante um ambiente de trabalho que possa comportar riscos específicos para o trabalhador e nas situações que impliquem riscos graves para a segurança e saúde pública, e em qualquer dos casos apenas serão lícitos os testes de diagnóstico e apenas quando realizados por uma entidade terceira funcionalmente independente do empregador.

A Lei nº 12/2005, vem para definir em que direção a abordagem deste tema deve seguir no ordenamento jurídico português ao ditar que o tratamento de dados genéticos no contexto laboral é por princípio proibido.

3. Discriminação em razão dos dados genéticos

¹⁷⁸ Xavier, Bernardo, O acesso informação genética..., p. 156.

¹⁷⁹ Cfr. Amadeu Guerra, *A Privacidade no local de trabalho...* pp. 243 e ss. Segundo o autor o recurso a estes genéticos deveria pautar-se pelo critério da indispensabilidade, a aposta deverá sempre residir na prevenção, devendo a entidade empregadora concentrar-se na minimização de riscos para os trabalhadores.

O CT consagra que nenhum candidato a emprego ou trabalhador pode ser discriminado em razão do seu património genético, revelando que é uma preocupação do legislador a possibilidade de ocorrerem práticas discriminatórias cujo elemento diferenciador é a genética do indivíduo. Esta preocupação surge no seguimento da atenção do ponto de vista do direito internacional que tem sido dada a esta matéria¹⁸⁰.

Após o mapeamento e a sequenciação do genoma humano a preocupação incidiu na aplicação desse conhecimento às diversas áreas da vida do indivíduo. Os esforços para identificar os genes responsáveis pelo aparecimento de determinadas doenças levaram ao desenvolvimento dos testes preditivos, suscitando um sem número de questões quanto às possibilidades que estes avanços científicos ofereciam. Foi neste contexto que surgiram as preocupações sobre a utilização desta informação pelas entidades empregadoras e se colocou o prolema da discriminação de indivíduos em razão da informação a que se passou a poder ter acesso.

O primeiro ponto de discussão surgiu na definição daquilo que constituiria a discriminação em razão da informação genética do indivíduo. A ideia de que seria possível existirem genes responsáveis pela existência de determinadas condições como a obesidade ou que algumas doenças de origem genética são mais preponderantes em certos grupos étnicos, aumentou o receio da agudização de situações de discriminação contra indivíduos ou grupo de indivíduos cujo perigo de discriminação já existia.

A título de exemplo¹⁸¹, no Brasil o traço falciforme é uma característica comum da população brasileira e existe uma condição clínica denominada de anemia falciforme que afeta a capacidade de as hemoglobinas transportarem o oxigénio. São responsáveis por estas anomalias as hemoglobinas de tipo S e quem tem a característica do traço falciforme tem hemoglobinas do tipo AS, que não causam alterações no organismo suscetíveis de causar as mesmas anomalias verificadas por quem sofre de anemia falciforme. Por fim, as estatísticas recolhidas mostravam que existia uma maior preponderância do traço falciforme na população negra e mestiça que é o grupo de indivíduos onde se verificam maiores índices de pobreza. A CBV adotou como pré-

¹⁸⁰ A OIT considerou a discriminação genética como uma forma emergente de discriminação. Em 2007, a organização alertou para o facto de os desenvolvimentos tecnológicos permitirem o conhecimento da genética do indivíduo e para as suas implicações nas relações de trabalho.

¹⁸¹ Guedes, Cristiano; Diniz Debora, Um caso de discriminação genética: o traço falciforme no Brasil, pp. 501-520, disponível na internet <http://www.scielo.br/pdf/physis/v17n3/v17n3a06.pdf>, acedido a 30 de outubro de 2017 às 22:56h.

requisito para a integração na seleção de voleibol a admissão a um teste para a identificação do traço falciforme com fundamento em risco para a saúde e desempenho dos atletas. Em 2004 uma atleta negra foi dispensada por ser portadora de traço falciforme, sem existirem evidências científicas de que de alguma forma esta condição estava ligada à anemia falciforme ou que a existência de hemoglobinas do tipo AS provoquem alterações no metabolismo dos atletas que os impeça de praticar desporto a título profissional. Não obstante, a CBV excluiu a atleta com fundamento na proteção do risco genético. Após a celeuma que este caso levantou na sociedade brasileira, a atleta foi reintegrada na seleção brasileira de voleibol, mas não a tempo de esta participar no Campeonato Sul-americano e deixou de ser convocada para participar nas fases eliminatórias dos campeonatos internacionais. Neste exemplo, a desportista foi alvo de um tratamento diferenciado em razão de uma informação relativa ao património genético, este tratamento diferenciado ocorreu em virtude de ideias pré-concebidas sobre um quadro clínico que não se verificava.

Este caso mostra que a discriminação em razão do património genético se pode basear na informação sobre o genótipo ou sobre a forma como as pessoas percecionam essa informação:

“o estigma é o que demarca a diferença e é o mecanismo pelo qual se descrevem as pessoas estigmatizadas como incapazes, ineptas ou sob suspeita...”¹⁸²

A regulamentação nesta matéria veda o tratamento desigual com base em características genéticas, no conhecimento da informação genética sobre o indivíduo ou nos resultados de testes genéticos, sendo que estes últimos são definidos como testes ao ADN ou com relação a terminologia nesse âmbito.

A informação genética pode ser obtida através de outras formas para além dos testes aos elementos do ADN. Testes aparentemente inócuos podem ser utilizados para detetar quadros clínicos de origem genética através da análise de proteínas presentes no organismo¹⁸³, mas também se consegue obter informação genética sem recurso a amostras biológicas como por exemplo através do histórico familiar é possível aceder a

¹⁸² Guedes, Cristiano; Diniz Debora, Um caso de discriminação genética..., p. 511.

¹⁸³ Greenly, Henry T., Genotype Discrimination: the complex case for some legislative protection, in *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 149, N° 5 maio de 2001, disponível na internet <http://vlex.com/vid/discrimination-complex-some-legislative-52888169>, a 30 de outubro de 2017 às 22:44h.

dados probabilísticos sobre condições genéticas. Podemos assinalar quatro principais formas de obter esta informação: através da realização de testes genéticos, quando o empregador solicita ao trabalhador ou candidato a emprego que este providencie o seu historial médico ou os seus registos médicos que contenham informação genética, quando é possível o acesso a informação genética do indivíduo de outras formas que não a cedência por parte do trabalhador ou candidato a emprego, como por exemplo a informação acedida através de bases de dados que armazenam dados de saúde ou do preenchimento de formulários para a subscrição de seguros e, por fim, a utilização de informação relacionada com a “família biológica” do indivíduo como por exemplo os registos sobre a prevalência de determinadas doenças na família do indivíduo¹⁸⁴.

As várias formas de obtenção de informação genética podem ocorrer no momento da contratação ou no momento da execução do contrato de trabalho e têm como finalidade ou despistar a existência de qualquer condição genética que influencie a capacidade futura do indivíduo ou para proceder ao controlo a avaliação do impacto do ambiente laboral no património genético e na saúde do trabalhador.

Quaisquer procedimentos destinados a detetar a existência de incapacidades futuras devem ser proibidos¹⁸⁵ porque a relação entre a saúde futura do candidato e a prestação laboral não são relevantes. Esta irrelevância prende-se com o facto de falarmos de meras probabilidades¹⁸⁶ e, nos casos das doenças monogénicas, apesar do elevado grau de certeza da sua manifestação, não é possível determinar quando esta se irá manifestar, podendo tal nunca vir a acontecer durante a execução do contrato de trabalho.

A informação genética deve ser utilizada em benefício do indivíduo e nestes casos não é possível identificar os benefícios em jogo, estes procedimentos abrem as portas a práticas discriminatórias. O interesse de cariz essencialmente económico não justifica a restrição dos direitos fundamentais do indivíduo à vida privada, à igualdade, ao trabalho e à dignidade da pessoa humana. A possibilidade de no futuro, determinado trabalhador se revelar incapaz de prestar a atividade laboral, deitando por terra o investimento feito

¹⁸⁴ King, Nancy J., Sukanya Pillay and Gail A. Lasprogata, Workplace Privacy and Discrimination Issues Related to Genetic Data: A comparative law study of the European Union and the United States, p. 94, in *American Business Law Journal*, Vol. 43, Issue 1, Spring, 2006.

¹⁸⁵ Guerra, Amadeu, *A Privacidade no local de trabalho...*, p. 233.

¹⁸⁶ Assim o é no caso do cancro da mama, os genes BRCA1 e BRCA2 estão associados à suscetibilidade para o desenvolvimento do cancro da mama. No entanto, a presença destes genes apenas significa que existe uma percentagem de 5% de probabilidades de vir a desenvolver cancro da mama e, por outro lado, a inexistência destes genes em nada garante que a doença não se vá desenvolver no futuro, vide, Joseph S. Alper, Genetic Complexity in Human Disease and Behavior, pp. 17-38, in *The Double-edged Helix*, Alper and Others, The Johns Hopkins University Press, Maryland, 2002.

pelo empregador em formação, é um risco inerente posição do empregador na relação contratual e ao desempenho da sua atividade.

No que diz respeito ao controlo das doenças multifatoriais não é possível prever com rigor absoluto os efeitos que esses ambientes têm nos genes dos trabalhadores, isto porque são poucas as doenças genéticas que são controladas pelos alelos de um único gene, a regra é a da interação dos genes entre si e a de que cada gene individual funciona em dependência do comportamento ou da presença de outros genes. Na sua relação com os fatores ambientais existem genes cuja probabilidade de existirem ou desenvolverem determinadas mutações varia em razão de determinados ambientes e existem genes que se desenvolvem melhor em certos ambientes.

Doutrina mais recente nesta matéria define discriminação genética como o tratamento diferenciado de indivíduos assintomáticos ou dos seus familiares com base nas suas características genéticas atuais ou presumidas¹⁸⁷. Pode ocorrer devido à verificação da presença de determinados genes responsáveis pela probabilidade de desenvolver doenças ou deficiências futuras ou devido a uma compreensão incorreta ou incompleta acerca da natureza da condição genética em causa ou da sua expressão clínica. Relativamente ao histórico familiar as práticas discriminatórias podem ocorrer através do preconceito de que aqueles que têm familiares com condições clínicas hereditárias podem partilhar o mesmo risco de vir a desenvolver quadros clínicos semelhantes¹⁸⁸

O trabalhador tem o direito à igualdade no local de trabalho, a discriminação com base em características genéticas nega ao indivíduo um tratamento equitativo com base em estados que este não pode controlar. Apesar de ser mais fácil de verificar um caso de discriminação direta, também nesta matéria há espaço para que existam casos de discriminação indireta, como os testes para despiste da suscetibilidade de vir a desenvolver cancro da mama uma vez que este, estatisticamente, afeta mais as mulheres que os homens.

3.1. Definição de discriminação genética

A construção de uma definição do conceito de discriminação genética colocou algumas questões. Por um lado, basear a definição nos resultados dos testes genéticos daria uma

¹⁸⁷ Otowski, M. et al., Genetic Discrimination: international perspectives in *Annual Review of Genomics and Human Genetics*, nº 13, pp. 433-454, 2012, disponível na internet genom.annualreviews.org, acedido em 24 de maio de 2018, às 00:19.

¹⁸⁸ Otowski, M. et al., *ibid.* p. 435.

definição demasiado restrita limitando o âmbito de tutela do indivíduo, por outro lado uma definição demasiado ampla, que considere informação genética toda a informação médica que esteja, ainda que remotamente, ligada a alguma condição genética também teria efeitos negativos do ponto de vista da tutela, desde logo porque tudo seria suscetível de ser considerado discriminação em razão dos dados genéticos e cairia por terra a proteção construída em torno de elementos diferenciadores como a raça, o sexo e a deficiência. É que estes elementos diferenciadores são historicamente considerados uma desvantagem social por imposição de outros grupos de pessoas e cuja relevância para a capacidade laboral não é verificável, porém a informação genética pode vir a ser relevante para a prestação laboral ainda que no futuro.

A importância de uma definição de discriminação genética reside na necessidade de proteção daquelas pessoas cuja herança genética menos favorável as coloca em risco de sofrer diferenças de tratamento e, simultaneamente, permitir pacificar o receio do público acerca dos avanços científicos permitindo-os e fomentando os benefícios que poderão advir da investigação científica na área da genética¹⁸⁹.

Alguns autores debruçaram-se sobre esta questão. Na doutrina estado-unidense, por exemplo, salientava-se a necessidade de encontrar uma definição que servisse de base para lidar com as situações de discriminação e oferecesse uma solução estruturada para lidar com as múltiplas faces deste tipo de discriminação. Era entendimento pacífico que a definição em análise teria que partir da distinção entre fenótipo e genótipo¹⁹⁰, uma vez que uma definição operante teria que excluir as diferenças de tratamento com base no fenótipo do indivíduo e a informação que se reporta à condição física e sintomas médicos, focando apenas na informação do genótipo ainda não manifestada no fenótipo¹⁹¹, independentemente da forma como essa informação foi obtida.

¹⁸⁹ Greenly, Henry T., *Genotype Discrimination: the complex case...* O autor defende a existência de algum exagero na reação à matéria da discriminação genética, segundo o mesmo esta dificilmente se verificará no local de trabalho por entender que os meios utilizados para haver lugar a este tipo de tratamento diferenciado para além de difícil acesso pela generalidade das entidades empregadoras, em termos estatísticos prova ser casos com um espectro de incidência bastante reduzido, avançando que a necessidade de avançar com uma definição de discriminação genética servirá apenas para “acalmar os ânimos” nesta matéria e pacificar a sociedade acerca de um receio que até à data não se mostrou fundado.

¹⁹⁰ O genótipo é a constituição genética de uma célula ou organismo e é composta pelas características internas do indivíduo herdadas dos seus antepassados, enquanto que o fenótipo é a manifestação do genótipo no organismo através de características como a cor, a morfologia ou o comportamento disponível na internet em <https://plato.stanford.edu/entries/gene/> acedido a 22 de abril de 2018 às 22:20h.

¹⁹¹ O genótipo não determina o fenótipo, mas sim um conjunto de vias alternativas de desenvolvimento de um genótipo em vários ambientes possíveis.

Um exemplo de discriminação genética nos termos *supra* mencionados é o exemplo de Kim¹⁹², uma assistente social que mencionou, durante um workshop da empresa sobre pessoas com doenças crónicas, que a sua mãe havia falecido em resultado da doença de Huntington e que ela possuía 50% de probabilidades de desenvolver aquele mesmo quadro clínico. Posteriormente foi dispensada apesar de ter recebido três promoções e controlos de performance bastante positivos. Após esta declaração recebeu um mau resultado nos controlos de produtividade e foi despedida sem que lhe tivessem sido justificados os maus resultados que lhe foram atribuídos.

Também referente à doença de Huntington, na Alemanha, uma professora recorreu aos tribunais na sequência da sua exclusão de um procedimento concursal por se ter recusado a realizar testes genéticos após ter respondido que o pai sofria de doença de Huntington às perguntas feitas pelo médico do trabalho¹⁹³.

Segundo Thomas Lemke, as dificuldades na definição de discriminação genética agrupam-se em quatro áreas¹⁹⁴:

- A não inclusão de áreas centrais para a questão da discriminação genética;
- Os problemas conceituais na definição do status científico da discriminação genética;
- As incongruências jurídicas na noção de dados genéticos, que deverá estar sujeita a maior proteção que a informação não genética, sob pena de tratamento desigual dos indivíduos afetados;
- O problema de que a prática de discriminação genética assenta na ideia de que os genes influenciam de forma fundamental a existência humana e têm a capacidade de ditar traços de personalidade.

¹⁹² Faces of Genetic Discrimination – How Genetic Discrimination Affects Real People, publicado por National Partnership for Women & Families on behalf of the Coalition for Genetic Fairness, julho de 2004, disponível na internet, <http://go.nationalpartnership.org/site/DocServer/FacesofGeneticDiscrimination.pdf> acessado em 30 de outubro de 2017, às 19:26h.

¹⁹³ O tribunal alemão decidiu a favor da professora, considerando que os 50% de probabilidade de vir a desenvolver doença de Huntington demonstravam existir 50% de probabilidades de a mesma se manter em funções, cfr. Igualdade no trabalho: Enfrentar os desafios – Relatório Global de Acompanhamento da Declaração da OIT relativa aos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho, Bureau Internacional do Trabalho, 2007, disponível na internet http://www.ilo.org/public/portuguese/region/eurpro/lisbon/pdf/igualdade_07.pdf, acessado em 03 de maio de 2018, às 23:42h.

¹⁹⁴ Lemke, Thomas, Beyond genetic discrimination. Problems and perspectives of a contested notion, pp. 22-40 in *Genomic, Society and Policy*, vol. 1 n° 3, 2005.

Segundo o autor, a discriminação genética consubstancia o tratamento diferenciado de um indivíduo ou de um grupo familiar com base apenas nas diferenças, reais ou percebidas, causadas pela presença de alterações num ou mais genes. O que distingue entre discriminação genética e discriminação em razão da deficiência causada por questões genéticas (ex: Síndrome de Down ou nanismo) é a manifestação da alteração nos genes. Estamos perante discriminação em razão do património genético quando os sintomas/características ainda não se manifestaram.

Alguma doutrina estado-unidense defendeu que apesar de a discriminação em razão do património genético ser um caso de verdadeira discriminação uma vez que estamos perante um tratamento diferenciado em razão de elementos que se encontram fora do controlo do indivíduo, existem diferenças entre a discriminação em razão do património genético e os restantes elementos diferenciadores, incluindo a discriminação com base em informação de saúde. Segundo Pauline T. Kim, os indivíduos com características visíveis relacionadas com determinados quadros clínicos ou alguma forma de deficiência já eram alvo de um tratamento diferenciado antes mesmo de existir a possibilidade de aceder à informação genética do indivíduo.

Segundo a mesma autora existem elementos comuns a todos os elementos diferenciadores que não se verificam em relação ao património genético. A saber, verificam-se quanto a elementos como a raça, o sexo, a idade, origem, orientação sexual entre outros¹⁹⁵:

- O *animus* discriminatório; trata-se de elementos diferenciadores que “*are deemed to reflect prejudice and antipathy*”¹⁹⁶, ou seja, essencialmente por questões históricas e sociais os indivíduos com estas características são comumente alvo de tratamento diferenciado por se entender serem indivíduos menos válidos;
- Os preconceitos com base nas características de grupo; relativamente a estes elementos diferenciadores, a discriminação pode ocorrer através da generalização de estereótipos ligados às características diferenciadoras de determinados grupos em detrimento das suas características individuais. A discriminação opera através da categorização por sexo, raça, ou origem e as características associadas a categorias de pessoas;

¹⁹⁵ Kim, Pauline, Genetic Discrimination, Genetic Privacy: rethinking employee protections for a brave new workplace, pp. 1497-1551, vol. 96 nº 4. *Northwestern University Law Review*, 2002.

¹⁹⁶ Kim, Pauline, *ibid.* p. 1516.

- Irrelevância dos elementos diferenciadores; a proibição de discriminação baseia-se no facto de tais características serem irrelevantes para a prestação laboral por não oferecerem quaisquer tipos de informação acerca da capacidade do indivíduo para desempenhar o seu trabalho;
- Desvantagem histórica; a proteção legal concedida surge em resultado de uma abrangente e constata desvantagem histórica. Quando um trabalhador ou candidato a emprego é discriminado com base nestes elementos diferenciadores é provável que outro empregador vá repetir o mesmo comportamento diminuindo as oportunidades no mercado de trabalho como um todo.

Por sua vez, no que se refere à discriminação em razão do património genético não se verificam todos estes elementos. Os indivíduos discriminados não são objeto de um juízo de desmerecimento em relação aos restantes, também não são considerados como um grupo social e por isso não existe necessidade de proteger um grupo que se encontra numa situação de maior fragilidade que os restantes. Ao não existir a ideia de grupo em desvantagem não é possível identificar uma situação de desvantagem sistemática de indivíduos que partilham as mesmas características, desde logo porque não existem testes genéticos em massa que permitam identificar um grupo com a mesma característica – que neste âmbito será uma característica tão ampla como a existência predisposições genéticas para sofrer de doenças com origem genética – e porque a desvantagem não é possível detetar através da mera constatação visual da existência de um elemento diferenciador.

Por fim, será a irrelevância o elemento que mais distingue a discriminação em razão do património genético. Em regra, as características diferenciadoras tradicionais em nada relevam para a o desempenho da função, mas quanto à informação genética poderá já não ser assim. A existência de uma mutação genética que provavelmente irá originar um determinado quadro clínico pode vir a ser relevante para o desempenho da prestação laboral, uma vez que poderá vir a manifestar-se durante o período de vida ativa do trabalhador. Nos casos das doenças monogénicas a identificação da anomalia genética traduz-se numa certeza de que a doença se irá manifestar, as interrogações ficam reservadas apenas para a determinação do quando.

Um trabalhador cuja probabilidade da verificação de doença é muito elevada, para além de o risco de num futuro próximo ser incapaz de desempenhar as suas funções, poderá representar um risco para outros colegas de trabalho e terceiros aumentando a

probabilidade de se verificarem acidentes de trabalho em razão da diminuição das capacidades do trabalhador.

3.2.Discriminação genética no direito europeu

Do ponto de vista internacional as respostas legislativas nesta matéria adquiriram diversas formas, desde a proibição, passando pela permissão quando verificadas determinadas circunstâncias até aos países que não dispõem de qualquer legislação sobre este tema.

Na União Europeia não existe legislação uniforme nesta matéria. Do ponto de vista legislativo estamos perante uma manta de retalhos¹⁹⁷ constituída pela legislação interna de cada Estado-membro. Do ponto de vista do direito interno, foram adotadas diferentes abordagens que conferem diferentes níveis de proteção. Alguns países europeus têm legislação específica, outros legislaram sobre este tema a propósito de outros quadros regulatórios¹⁹⁸ e outros não têm legislação sobre informação genética, tendo recorrido a instrumentos de soft law. Diferentes abordagens do tema significam diferentes níveis de proteção no seio da União Europeia o que prejudica a mobilidade laboral, uma vez que o resguardo desta informação irá variar consoante o país europeu no qual o indivíduo preste ou vá prestar a sua atividade¹⁹⁹.

Na questão da uniformização legislativa, o RGPD trouxe uma novidade no que se refere à informação genética ao reconhecer o conceito de dados genéticos como uma categoria de dados especiais protegendo uma das dimensões desta matéria, a reserva da intimidade da vida privada.

Nos termos do RGPD os dados genéticos são *definidos como os dados pessoais relativos às características genéticas, hereditárias ou adquiridas, de uma pessoa singular que deem informações únicas sobre a fisiologia ou saúde dessa pessoa singular e que resulta designadamente de uma análise biológica da pessoa singular em*

¹⁹⁷ Paor, Aisling de, Genetic Discrimination: a case for a European legislative response? in *European journal of health law*, Kluwer Academic, Vol. 24 n° 2, pp 135 a 159, abril de 2017.

¹⁹⁸ A Irlanda regulou esta matéria a respeito da legislação sobre deficiência, a Finlândia tratou o tema do ponto de vista da privacidade e a Grécia alterou a própria Constituição para consagrar o direito à privacidade genética.

¹⁹⁹ Paor aponta também para as desvantagens que a ausência de legislação uniforme representa para o mercado interno, nomeadamente no que se refere às seguradoras cujo regime aplicável aos dados genéticos irá variar consoante o Estado em causa, numa atividade que em regra opera em diversos países em simultâneo, vide *Genetic Discrimination: a case for a European...*

causa. Apesar de não restringir a definição de dados genéticos aos resultados dos testes efetuados ao material genético, sendo o bastante uma amostra biológica, a definição acolhida pelo RGPD não contempla o facto de existirem outras formas de obter informação genética sem recurso à análise de material biológico, não acolhendo a definição proposta pela Itália que acolhia a informação obtida através de outras fontes, desde que a informação obtida fosse relativa ao património genético do indivíduo²⁰⁰.

Por outro lado, o princípio da legalidade do tratamento de dados, dita que deverá verificar-se o consentimento do titular para o tratamento. Este consentimento deverá refletir uma genuína opção de escolha e obtido de forma livre, porém ao fazer depender a recolha e tratamento de dados genéticos do consentimento do trabalhador não nos permite aferir a legalidade do tratamento se tivermos em conta as especificidades da relação laboral que não nos permitem assegurar o consentimento livre de constrangimentos.

No que respeita à discriminação genética, em 1989, o Parlamento Europeu alertou para a eliminação do uso de testes genéticos no ramo segurador e em 2003 o Grupo para a Ética na Ciência e Novas Tecnologias alertou para a necessidade de a União Europeia legislar nesse sentido. No direito europeu, o artigo 10º do TFUE acolhe uma cláusula geral de não discriminação dando à UE a capacidade para tomar providências para o combate à discriminação, sem mencionar o património genético como elemento diferenciador.

No âmbito do direito derivado, a Diretiva 2000/78/CE de 27 de novembro identifica seis elementos diferenciadores sendo que entre eles não consta o património genético. Seria possível, porém integrar na Diretiva sobre a deficiência a discriminação em razão do património genético, mas apenas para as disposições genéticas para o desenvolvimento de uma deficiência no futuro, já não sendo possível interpretar a diretiva no sentido de acolher a discriminação com base na predição de uma doença ou incapacidade futuras num indivíduo assintomático²⁰¹. A tutela da discriminação genética no direito europeu é uma questão importante a considerar. As especificidades do tema convidam a uma reflexão sobre a proteção do património genético para além da tutela da privacidade,

²⁰⁰ Taylor, Mark, Genetic Discrimination draft European Union General Data Protection Regulation, p. 215, pp. 211-225, in *Genetic Discrimination, Transatlantic perspectives on the case for a European-level legal response...*

²⁰¹ Paor, Aisling de, Genetic Discrimination: a case for a European..., p. 152.

concedida pelo RGPD. Fazer coincidir a proteção do património genético na tutela contra práticas discriminatórias em razão da deficiência não é solução. Como poderemos ver *infra* foi essa a primeira solução avançada nos Estados Unidos da América, a insuficiência da proteção concedida pelo *American with Disabilities Act*, de 1990, levou posteriormente à necessidade de legislar especificamente na questão da discriminação genética.

A tutela ao abrigo do RGPD apenas faz operar a sua proteção numa das duas vertentes da questão da proteção do património genético, a reserva da vida privada. Enquadrar a discriminação genética na proteção da discriminação em razão da deficiência não resolve de todo a problemática. A especificidade da discriminação em razão do património genético reside no facto de estarmos perante um conjunto de informação que se reporta à saúde futura do indivíduo, é no momento em que o empregador tem acesso a essa informação e por essa razão discrimina, que deve operar a tutela. Quando a doença genética se manifesta, ao ponto de incapacitar, a prática discriminatória decorre dessa incapacidade e não do património genético de um indivíduo assintomático.

3.3. Discriminação genética no ordenamento jurídico português

Em Portugal, a questão da informação genética começou a ser tratada no final do século XX com o Despacho do Ministério da Saúde nº 9108/97 de 13 de outubro que regulamentava a realização de testes genéticos. Posteriormente surge o projeto de lei nº 455/VIII, acerca da informação genética pessoal pelo Bloco de Esquerda e que foi objeto de parecer pelo CNECV em 2001²⁰².

Na exposição de motivos é visível a preocupação da regulação desta matéria focada para as relações laborais. Apesar de reconhecer que os testes genéticos têm um interesse diminuto para os empregadores a regulação surgiria numa lógica de proteção do direito ao emprego onde o consentimento tem um valor menor tendo em conta o contexto em que ele é dado.

²⁰² Relatório Parecer 37/CNECV/01, acerca do Projeto de Lei nº 455/VIII, “Informação genética e pessoal”, proposto pelo deputados do Bloco de Esquerda, disponível na internet em http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273057386_P037_InfGeneticaPessoal.pdf, acedido a 04 de junho de 2018, às 11:19h.

Os deputados do Bloco de Esquerda alertam para possibilidade de discriminação genética e reconhecem que existe um conjunto de entidades cuja importância na vida dos indivíduos é inegável e que podem vir a desenvolver atividades e mecanismos de rastreio com base em testes genéticos preditivos e pré-sintomáticos para ter acesso à informação genética e diminuir os riscos inerentes às atividades que desempenham.

No âmbito do projeto de lei, foram distinguidos os conceitos de informação de saúde, informação médica, informação genética e testes genéticos. Para os seus efeitos a informação genética será considerada informação de saúde, e, se utilizada em prestações de saúde será considerada informação médica.

Esta matéria foi outra vez objeto de projeto de lei em 2004 e também este projeto foi objeto de parecer pelo CNECV²⁰³. No essencial, e para o que aqui nos interessa, foi avançado que não seria necessário proceder à distinção entre informação de saúde e informação médica por se considerar que a primeira engloba a segunda. Para mais é salientado que o disposto acerca dos testes genéticos pelas entidades empregadoras e pelas seguradoras está de acordo com os princípios internacionalmente aceites na matéria, nomeadamente no que se refere à Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos.

Foi em 2005 que entrou em vigor a Lei nº 12/2005 de 26 de janeiro, sobre a informação genética pessoal. O seu artigo 13º dita o regime aplicável aos testes genéticos no emprego, fixando um princípio geral de proibição da utilização deste tipo de informação nos processos de recrutamento ou durante a execução do contrato de trabalho, mesmo quando o trabalhador o haja consentido. As exceções a este princípio apenas poderão verificar-se quando estamos perante um ambiente de trabalho que possa comportar riscos específicos para o trabalhador e nas situações que impliquem riscos graves para a segurança e saúde públicas. Em qualquer dos casos são apenas lícitos os testes de diagnóstico, ficando excluindo os testes preditivos, e apenas quando realizados por uma entidade terceira funcionalmente independente do empregador.

A Lei nº 12/2005 distingue entre informação de saúde e informação genética, nos termos da lei a primeira abrange todos o tipo de informação que esteja direta ou

²⁰³ Parecer nº 43 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Parecer sobre o projeto de lei nº 28/IX, Informação genética pessoal e informação de saúde, maio de 2004, disponível na internet http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273057219_P043_ProjLei28IX_InfoGeneticaPessoala.pdf, acedido a 04 de junho de 2018, às 12:22h.

indiretamente ligada à saúde, presente ou futura, do indivíduo bem como a sua história clínica e familiar. Por sua vez, será considerada informação genética a informação de saúde que verse sobre as características hereditárias. Esta informação pode ser obtida através da realização de testes genéticos, citogenéticos, bioquímicos, físicos ou imagiológicos ou através da recolha de informação familiar. Para que a informação genética possa ser considerada informação médica terá que se destinar a ser utilizada nas prestações de cuidados ou tratamentos de saúde contexto da confirmação ou exclusão de um diagnóstico clínico, no contexto de diagnóstico pré-natal ou diagnóstico pré-implantário ou no da farmacogenética. Os testes preditivos e pré-sintomáticos não são considerados informação médica.

A Lei nº 28/2016, de 23 de agosto, dedica um capítulo à proteção do património genético. No contexto laboral, recai sobre o empregador o dever de avaliar os riscos suscetíveis de provocar efeitos prejudiciais no património genético. Consideram-se suscetíveis de comportar riscos para o património genético os agentes ou fatores que causem efeitos genéticos hereditários, efeitos prejudiciais não hereditários na progenitura ou atentar contra funções reprodutoras.

Os trabalhadores que estejam expostos a este risco devem ser submetidos a procedimentos de vigilância específicos que devem incluir: o registo do historial clínico, entrevista pessoal, avaliação do estado de saúde, vigilância biológica e rastreio de feitos precoces e reversíveis. As disposições da Lei nº 28/2016, de 23 de agosto, devem ser aplicadas conjuntamente com o RGPD com a Lei nº 12/2005. Assim todos os procedimentos previstos no capítulo V, dos artigos 41º a 46º, devem ser realizados apenas quando o ambiente de trabalho represente riscos específicos para um trabalhador com uma doença ou suscetibilidade, afete a sua capacidade de desempenhar com segurança as suas tarefas e nos casos de riscos graves para a saúde e seguranças públicas, e sempre realizados por uma agência ou entidade independente. Porém, nem a Lei 12/2005 nem o Decreto-Lei nº 131/2014, de 29 de agosto, que regulamenta, indicam qual a entidade independente que deverá proceder à vigilância da saúde do trabalhador. Ficamos sem saber se a solução passa pelo recurso ao serviço nacional de saúde ou se basta uma entidade que não dependa funcionalmente do empregador, ou seja, não integra a estrutura da empresa. Neste último caso, ficamos sem saber se poderá ser a empresa que presta os serviços de medicina do trabalho ou se terá que existir outra entidade destinada apenas ao desempenho destes procedimentos.

O artigo 11º da Lei 12/2005, consagra o princípio da não discriminação. De acordo o nº 2 ninguém pode ser discriminado para a obtenção ou manutenção de emprego com base no resultado de testes genéticos. No que respeita à discriminação em razão do património genético e a aplicação desta temática no contexto laboral, a lei apenas se refere aos testes genéticos, não veda a proibição da utilização de outras formas de obtenção de informação genética, não obstante, o artigo 11º nº 1 da Lei veda qualquer forma de discriminação sobre qualquer indivíduo em função do património genético.

No que respeita ao conhecimento de casos de discriminação genética que tenham ocorrido no nosso ordenamento jurídico, facto é que os casos de discriminação genética em Portugal são desconhecidos até agora nenhum caso foi levado aos tribunais superiores²⁰⁴. A matéria foi suscitada em 2006 aquando do parecer do Provedor de Justiça sobre o concurso para a contratação de colaboradores pela empresa de aviação TAP²⁰⁵.

De acordo com a queixa apresentada ao Provedor de Justiça a fixação de critérios mínimos de altura e idade para o acesso ao concurso, consubstanciava uma discriminação infundada em função da idade e do sexo/património genético. Em resposta à queixa o assunto é justamente *“Discriminação infundada no acesso ao emprego em função da idade, sexo e/ou património genético.”*.

O Provedor de Justiça entendeu a queixa improcedente e durante a sua fundamentação²⁰⁶ dita que a exigência de uma altura mínima para o exercício da função pode consubstanciar uma eventual discriminação em função do património genético. Ora muito dificilmente o caso da TAP se pode considerar um caso de discriminação genética uma vez que a altura é uma manifestação do genótipo no fenótipo que como já vimos não poderá ser considerado como discriminação em razão do património genético

²⁰⁴ A ausência de litígios em tribunal não é indicador de que não existirão casos passíveis de enquadrar situações de tratamento diferenciado ou que não são problemas que se verifiquem - *“nunca nos tribunais portugueses foi proposta qualquer ação direta e exclusivamente vocacionada para a apreciação de uma qualquer situação discriminatória. Os poucos casos detetados, com o precioso auxílio dos magistrados lá colocados, no tribunal do trabalho de Lisboa, referem-se essencialmente a questões salariais conexas com o princípio “para trabalho igual salário igual” e com o gozo da licença de parto, sendo certo que, mesmo aí, a perspetivação das questões em termos discriminatórios resulta quase sempre da iniciativa do juiz”*, in João Rato, “Igualdade salarial, mecanismos de aplicação do direito: os tribunais em Portugal e nos países parceiros – o caso português”, Questões Laborais, Ano X, 2003, nº 21.

²⁰⁵ O concurso promovido pela TAP para a categoria de pessoal navegante de cabine, previa como requisitos a idade mínima de 20 anos e máxima de 26 e a altura mínima de 1,60m para mulheres e 1,70m para homens.

²⁰⁶ Vide parecer 706-05, processo R-4173/04 - *“Discriminação infundada no acesso ao emprego em função da idade, sexo e/ou património genético”* disponível para acesso na internet em https://www.provedor-jus.pt/site/public/archive/doc/Parecer_706-05.pdf, acedido a 23 de junho de 2018 às 23:32h.

sob pena de banalização do conceito com as consequências que isso traz no que respeita à tutela do direito.

4. A contribuição dos EUA para o desenvolvimento da temática

4.1. O *right to be alone* anglo saxónico

O direito do trabalho é um ramo do direito bastante permeável às mudanças e aos fatores sociais, políticos e económicos que o rodeiam e que originaram muitas das reformas laborais que marcaram o desenvolvimento deste ramo do direito.

Numa análise comparatística em matéria de direito do trabalho, há que ter em atenção que o plano jus-laboral se divide em dois planos, independentemente de estarmos a falar de um sistema de common law, como o é o sistema jurídico estado-unidense, quer estejamos a falar de um sistema de civil law, como o é o sistema jurídico português. Falamos do direito individual e do direito coletivo do trabalho, o primeiro²⁰⁷ responsável pela imposição das regras que devem reger a relação laboral em matérias que digam respeito à relação contratual entre trabalhador e empregador, o segundo respeitante à negociação coletiva e às estruturas que a suportam. Nestes dois planos a influência das condições sociais, políticas e económicas é distinta: o direito coletivo é substancialmente mais permeável aos fatores de cada nação, por sua vez o direito individual de trabalho tem um carácter mais universal uma vez que possui um conjunto de problemáticas que são comuns a diferentes locais de trabalho em diversos países²⁰⁸ e daí constituírem objeto de recomendações e convenções da OIT.

É neste segundo plano que se inserem as matérias da privacidade e igualdade e apesar de estarmos perante dois sistemas distintos, com visões que não são totalmente coincidentes, acerca do conteúdo e manifestações destes direitos, o ordenamento jurídico português acolhe alguns contributos.

Por isso, quando falamos de privacidade e igualdade e não discriminação não podemos deixar de assinalar o contributo dos Estados Unidos da América.

No que respeita à privacidade já assinalámos supra o contributo para esta matéria de Warren e Brandeis no artigo escrito no século XIX, entendido como um contributo de grande importância para o desenvolvimento da privacy norte-americana, na época contemporânea.

Do ponto de vista do direito constitucional estado-unidense, a palavra privacidade não se encontra no texto na Constituição do Estados Unidos da América, o que não impede a sua dignidade constitucional. O direito de privacidade está consagrado no *Bill of*

²⁰⁷ Para maiores desenvolvimentos acerca do sistema laboral estado-unidense cfr. Guilherme Dray, *A influência dos Estados Unidos da América...* pp. 25 e seguintes.

²⁰⁸ Craig, John Dr, *Privacy & Employment Law*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 1999.

Rights de 1964 e em mais 11 constituições federais que o preveem explicitamente. Quanto à evolução jurisprudencial, a primeira decisão judicial a reconhecer este direito foi *Pavesich v. New England Life Insurance Co.* que relacionou a privacidade com os princípios de segurança pessoal e liberdade enquanto princípios basilares do Bill of Rights e do sistema de common law, e foi no caso *Olmstead v. United States*²⁰⁹ que se entendeu este direito como inerente à dignidade da pessoa humana.

O conteúdo do direito à privacidade estende-se aos interesses consagrados pela Quarta Emenda, bem como a outros interesses privados considerados como fundamentais ou inerentes ao conceito de liberdade, incluindo as matérias relativas ao casamento, procriação, aborto e educação.

Nos Estados Unidos da América, ao contrário do que acontece em Portugal, a privacidade não é entendida como um direito fundamental²¹⁰, a noção de privacidade funda-se na ideia de que a autonomia individual e a liberdade são valores essenciais, pelo que a privacidade pertence ao indivíduo e como tal é possível restringi-la ou negociá-la por outros direitos, em especial aqueles obtidos no contexto laboral²¹¹.

No local de trabalho, a discussão acerca do direito à privacidade foi suscitada em assuntos como o teste de despiste de drogas, buscas no local de trabalho entre outros. Nesta matéria a jurisprudência para aferir o grau de proteção do direito no âmbito laboral, procedia à análise dos interesses em confronto através do conceito de expectativa razoável de privacidade. Este conceito assentava na ideia de que cabe ao empregador estabelecer as condições de trabalho e que quando os candidatos a emprego aceitam ou os trabalhadores não se opõem às condições fixadas, os termos fixados pelo empregador são aceites e qualquer invasão de privacidade que se insira no âmbito destas condições não deverá ser considerada como uma violação ilegítima do direito de privacidade porque não existe expectativa razoável de privacidade²¹². Este conceito aplicado sem mais permitiu a tomada de decisões contraditórias do ponto de vista da salvaguarda de direitos, o conteúdo do direito seria à partida fixado pelo empregador e

²⁰⁹ Para o conteúdo do voto de Louis Brandeis, *vide*, Luciana Vasco da Silva, Direito de Privacidade no direito brasileiro e norte-americano, p. 825, pp. 819-840, in *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 1 (2015), nº 5, Centro de Investigação de Direito Privado, Lisboa, 2015.

²¹⁰ O direito à privacidade não está consagrado na Constituição Federal dos Estados Unidos da América, apenas em algumas constituições dos estados federados *vide* Guilherme Dray, *A influência dos Estados Unidos da América...*

²¹¹ King, Nancy J., Sukanya Pillay and Gail A. Lasprogata, Workplace Privacy and Discrimination Issues Related to Genetic Data: A comparative law study of the European Union and the United States in *American Business Law Journal*, Vol. 43, Issue 1, Spring, 2006.

²¹² Craig, John Dr, *Privacy & Employment Law*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 1999.

uma violação ilegítima do direito de privacidade praticada fora do contexto laboral por outra entidade como o Estado, deixaria de o ser neste contexto se o empregador assim o fixasse previamente²¹³. Esta situação devia-se à falta de previsão expressa na Constituição dos Estados Unidos do direito à privacidade que ainda nos dias de hoje comporta algumas deficiências na proteção do indivíduo no local de trabalho.

Não obstante, a evolução jurisprudencial permitiu a apreciação dos casos em matéria de invasão da privacidade no local de trabalho. Ao critério da legítima expectativa de privacidade foi introduzido o balanço entre as circunstâncias do caso concreto e as finalidades prosseguidas pelo empregador, sem esquecer que o preenchimento jurisprudencial do direito bem como a interpretação progressivamente adotada, permitiu definir limites que devem ser obrigatoriamente respeitados pela entidade empregadora por constituírem áreas da vida do indivíduo que todos devem esperar ver respeitadas. Os limites que foram sendo desenhados pela jurisprudência ditam que todos os trabalhadores têm o direito a manter privados os seus assuntos pessoais e que existe uma área de espaço pessoal protegida pelo direito à privacidade cuja violação pelo empregador constitui fundamento para intentar uma ação de responsabilidade civil.

Do ponto de vista legislativo, em 1974 foi aprovado o *Privacy Act*, que estabelece os procedimentos a adotar pelas entidades estatais na recolha, manutenção, uso e divulgação de informação sobre os indivíduos. Posteriormente o *Electronic Communications Privacy Act de 1986*, surge para tutelar as comunicações eletrónicas (e-mail, telefone e dados automatizados) desde a o momento em que são efetuados até ao seu armazenamento.

4.2. A igualdade e não discriminação estado-unidense

No que respeita à igualdade e não discriminação no local de trabalho, apesar das diferenças entre Portugal e os EUA, existem pontos de contacto no tratamento da matéria de igualdade não discriminação no local de trabalho nomeadamente o primado da Constituição enquanto fonte de direito e o facto de o princípio da igualdade e não discriminação fazerem parte da ordem axiológica de ambos os ordenamentos jurídicos²¹⁴.

²¹³ Craig, John Dr, *Privacy & Employment Law*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 1999.

²¹⁴ Dray, Guilherme, *A influência dos Estados Unidos da América...*, p. 18, de acordo com o autor, são, essencialmente, dois os pontos de confluência: a superioridade hierárquica da Constituição e em ambos a dignidade da pessoa humana é um valor axiológico fundamental.

Apesar do supra disposto, a Constituição estado-unidense não prevê²¹⁵ nenhum elenco de direitos fundamentais, a igualdade entre os homens foi proclamada na Declaração de Independência de 1776 e o primeiro Estado a acolher o princípio na sua Constituição foi o Estado da Virgínia no *Bill of Rights de 1776*. Será em 1964, que o *Civil Rights Act* acolhe o conceito de *equal employment opportunity* que dita que em matéria de emprego as decisões tomadas devem ter por base apenas o mérito pessoal²¹⁶.

A primeira intervenção estatal em matéria de igualdade e não discriminação visou a proteção da discriminação em razão da raça e posteriormente expandiu o seu âmbito para acolher a proteção contra a discriminação em razão do sexo, religião e nacionalidade e em 1967 e 1990 foram aprovadas normas destinadas à proteção contra atos discriminatórios fundados na idade²¹⁷ e na deficiência²¹⁸.

À semelhança do ordenamento jurídico português também nos Estados Unidos a matéria da discriminação genética é tratada em diploma legislativo próprio. Em 2008 foi aprovado o *Genetic Information NonDiscrimination Act* que passou a integrar o Título 42 com a epígrafe “*The public health and welfare*” cujo capítulo 21F tem como epígrafe “*Prohibiting Employment Discrimination on Basis of Genetic Information*”. Neste diploma a informação genética é definida como os dados obtidos através dos resultados de um teste genético²¹⁹ do indivíduo ou de algum familiar, o histórico familiar do indivíduo, o pedido individual para a submissão a testes genéticos e a informação genética do feto no contexto da gravidez do indivíduo ou de um familiar bem como a informação acerca de um embrião utilizada em contexto de tecnologia reprodutiva. O diploma aplica-se às seguradoras, vedando a utilização desta informação para determinar a elegibilidade ou o prémio do seguro; no contexto laboral, proíbe a aquisição da informação. O GINA não se aplica a empresas com menos de quinze trabalhadores.

Será considerada discriminação genética por parte do empregador o tratamento diferenciado com base na informação genética²²⁰. Esta não poderá ser solicitada, exigida ou adquirida onerosamente relativamente a um funcionário ou membro da sua família, exceto nos casos especialmente determinados na lei. Ao empregador está vedada a

²¹⁵ Dray, Guilherme, *A influência dos Estados Unidos da América...*, p. 7.

²¹⁶ Dray, Guilherme, *ibid.* p. 51.

²¹⁷ *Age Discrimination in Employment Act of 1967*.

²¹⁸ *American with Disabilities Act of 1990*.

²¹⁹ Para o efeito deste diploma, não se considera teste genético aquele que não inclua a análise de genótipos, mutações ou alterações nos cromossomas do indivíduo.

²²⁰ Da informação genética exclui-se a informação sobre o sexo ou a idade.

recolha de informação genética sobre o indivíduo. Esta proibição apenas poderá ser derogada nos termos da lei: quando a recolha se deu inadvertidamente, caso em que a posse dessa informação não constitui uma violação ao abrigo do GINA; quando a recolha seja feita no âmbito de programas de saúde e apenas se a recolha for consentida pelo trabalhador e a informação não seja cedida ao empregador; nos casos de certificados no âmbito do *FMLA – Family and Medical Leave Act*; se o empregador tiver acesso à informação através de documentos públicos; para a monitorização dos efeitos de substâncias tóxicas presentes no local de trabalho; e nos casos em que a recolha de material genético seja necessária para identificação de restos mortais. Mesmo ao abrigo das exceções consagradas na lei, o empregador continua proibido de utilizar a informação genética para discriminar o indivíduo

Por fim, a legislação norte-americana distingue entre informação médica e a informação genética, no seguinte sentido: não estamos perante esta última quando o que está em causa é a utilização, aquisição ou divulgação de informação médica sobre uma doença, distúrbio ou patologia que já se tenha manifestado mesmo que um destes quadros clínicos tenham origem genética²²¹. Desta forma, no contexto laboral, o âmbito de proteção do GINA verifica-se até à manifestação da doença. Após a manifestação dos sintomas entraria em vigor o ADA, que protege o indivíduo contra a discriminação em razão da deficiência. Porém a aplicação deste diploma apenas se verifica para as condições clínicas que afetam substancialmente a capacidade de trabalho do indivíduo, o que significa que entre o momento que vai desde a manifestação dos sintomas até ao momento que essa manifestação diminui significativamente as capacidades do indivíduo, este encontra-se desprotegido²²².

Nos EUA após a entrada em vigor da GINA²²³, o primeiro caso relativo a discriminação genética reporta-se a uma trabalhadora que alegou ter sido vítima de discriminação depois de se ter submetido a uma dupla mastectomia após ter recebido o resultado de

²²¹ *Genetic Information NonDiscrimination Act* acedido em <https://law.justia.com/codes/us/2015/title-42/chapter-21f/> a 03 de outubro de 2017 às 19:46h.

²²² Olick, S. Robert, Genetic Discrimination in the workplace after GINA, pp.133-134, pp.128-140, in *Genetic Discrimination - transatlantic perspectives...*”.

²²³ Entre 2010 e 2013 a EEOC recebeu 1059 queixas, sendo que 333 foram consideradas fundadas e resolvidas extra-judicialmente. Para maior detalhe nos dados estatísticos vide The Genetic Information Nondiscrimination Act (GINA) 2008, p.125, in *Genetic Discrimination - transatlantic perspectives...*”.

um teste genético cujo resultado foi positivo para o gene de BRCA2. Segundo a mesma após a primeira cirurgia recebeu feedback negativo e mais tarde foi despedida²²⁴.

Em 2012, a EEOC intentou uma ação contra a Nestlé alegando que o pedido para que um trabalhador se submetesse a um “*fitness for duty examination*”, durante o qual o trabalhador providenciou acesso ao seu historial familiar médico. Neste caso a EEOC deparou-se com a dificuldade de efetuar uma correta investigação por não ter acesso aos documentos que incluem dados pessoais de outros trabalhadores.

²²⁴ Olick, S. Robert, *ibid.* p.134.

V. Considerações Finais

O direito de reserva da vida privada dita a existência de zonas da vida do indivíduo sobre as quais este tem o direito de as resguardar da intromissão de terceiros. Devem ser considerados enquanto pertencentes à vida privada do indivíduo todos os factos que este partilhe apenas com as pessoas mais próximas, nomeadamente os factos relativos ao estado de saúde passada, presente e futura.

No contexto laboral a regra é a da reserva de todos os factos da vida privada do candidato a emprego ou do trabalhador. Não sendo, porém, um direito absoluto, em sede laboral é possível a sua restrição:

- No âmbito do dever de informação quanto aos factos que se entendem relevantes para a prestação laboral;
- No contexto do artigo 17º do CT quando está em causa a segurança do próprio e de terceiros, permitindo o acesso a informações relativas à saúde e à gravidez;
- Relativamente à informação de saúde ao abrigo do regime jurídico da saúde e segurança no trabalho e apenas neste contexto e quando se verifique uma correspondência objetiva entre os exames realizados e a atividade a prestar.

O princípio da igualdade e não discriminação veda o tratamento diferenciado com base num conjunto, meramente indicativo, de elementos diferenciadores. Porém, nalguns destes elementos, que não são automaticamente perceptíveis, a porta para a prática discriminatória é a restrição do direito de reserva da vida privada. Estes casos são a doença e o património genético, neles a característica de irrelevância para a prestação laboral não se verifica, uma vez que podem vir a se refletir na produtividade do trabalhador. Entre ambos existem, essencialmente, duas diferenças: o modo de obtenção do conhecimento da informação e o momento em que tal informação se pode vir a tornar suscetível de interferir com a prestação laboral. Na primeira, se por um lado o estado clínico do trabalhador pode ser do conhecimento do empregador sem que para isso exista um ato do mesmo, o conhecimento acerca da genética do indivíduo pressupõe, em regra, um qualquer ato de indagação por parte do empregador. Na segunda, a doença é um estado presente no momento em que dela se tem conhecimento, o trabalhador está doente no momento em que a indagação ocorre ou na submissão deste aos exames médicos realizados no contexto da medicina no trabalho, sendo possível ponderar a relevância do quadro clínico atual para o desempenho da prestação laboral. Por sua vez, o conhecimento do património genético tem como objetivo a previsão da saúde futura do indivíduo e, portanto, são dados irrelevantes para aferir a aptidão do

trabalhador no decurso da execução do contrato de trabalho, não se figurando razão para o conhecimento desta informação fora dos casos expressamente previstos na lei.

Das disposições normativas e pelas razões já expostas, é possível retirar um princípio geral de proibição de testes genéticos no trabalho; porém, a informação genética pode ser adquirida de outras formas que não o teste à genética do indivíduo. No âmbito da medicina no trabalho, especialmente quando o nosso sistema permite a existência de exames médicos sem uma relação objetiva com a atividade prestada, existe a possibilidade de a informação acerca da genética do indivíduo ser do conhecimento da entidade empregadora que a poderá usar de forma a colocar o trabalhador ou o candidato a emprego numa situação de fragilidade.

Assumindo a existência de uma situação de discriminação no local de trabalho com base em informação genética obtida pelo empregador, é necessário saber se a tutela oferecida pelo ordenamento jurídico neste âmbito é bastante para garantir uma efetiva proteção do trabalhador.

O artigo 24º nº 1 do CT veda a discriminação do trabalhador e do candidato a emprego em razão do património genético, sendo um caso de discriminação a regra aplicável ao ónus da prova está prevista no artigo 25º nº 5 do CT. Ora, é na prova da prática discriminatória que reside a tutela do indivíduo, uma vez que a tutela oferecida pelo direito substantivo pouco útil será se não existirem regras processuais que o efetivem.

Nos casos em que o que está em causa é a discriminação em razão do património genético obtida através da informação genética do trabalhador, deparamo-nos com algumas dificuldades. Requerer ao indivíduo o seu historial clínico, solicitando que este o entregue por escrito ou responda a um questionário ou através de perguntas no contexto de uma entrevista de emprego são métodos insuscetíveis de deixar vestígios suficientes que sirvam de meio de prova a ser oferecido pelo indivíduo em sede de processo judicial, pois o empregador sempre pode afirmar que a informação já estava disponível noutras bases de dados, sobre o candidato a emprego ou trabalhador. A realização de testes genéticos será a forma mais evidente e mesmo assim, não nos podemos esquecer que os testes são realizados pelas empresas de medicina no trabalho ou outra entidade privada para tal autorizada, uma vez que a Lei 12/2005 não especifica que entidades devem realizar estes testes no contexto laboral, indicando apenas que devem ser funcionalmente independentes do empregador. Neste contexto o trabalhador ou candidato a emprego pode não possuir nenhum documento ou nenhuma forma de

verificar que foram pedidos tais testes, especialmente nos casos da medicina no trabalho se os exames médicos incidiram sobre amostras biológicas aparentemente neutras como sangue ou urina, e não sobre os genes do indivíduo, cabendo à entidade empregadora determinar que testes devem ser feitos a tais amostras.

A obtenção de informação genética irá resultar do acesso do empregador à mesma, o que na maioria dos casos apenas acontecerá se o mesmo se imiscuir na esfera privada do trabalhador. Em regra, facilmente a entidade empregadora consegue identificar a existência de elementos diferenciadores como a raça, o sexo ou deficiência, dado que estes resultam de uma apreciação meramente visual. O mesmo não sucede quanto ao património genético, que implica necessariamente uma intrusão na esfera privada do indivíduo. Esta invasão da vida privada do trabalhador ou candidato a emprego para obter a informação que poderá ser utilizada para vedar o exercício de outros direitos, põe em perigo o direito à reserva da vida privada e o direito à igualdade e não discriminação. Desta forma, a proteção contra a discriminação genética requer desde logo a proteção da privacidade, porque se a informação não estiver disponível a prática de atos discriminatórios com base em características genéticas será bem mais difícil. Porém a tutela da privacidade é apenas uma das vertentes em matéria da proteção do património genético.

Se do ponto de vista do direito europeu já vimos não existir menção ao património genético enquanto elemento diferenciador, do ponto de vista do direito interno a dificuldade reside na prova da discriminação. Ora, a dificuldade da prova é inversamente proporcional ao grau de tutela conferido. Percebemos que a simples alegação de que determinado tratamento diferenciado consubstancia um ato discriminatório sem mais tem o efeito perverso de permitir que qualquer trabalhador ou candidato a emprego, que no seu entender, tenha saído prejudicado em razão de qualquer prática do empregador, possa vir invocar discriminação no local de trabalho. Por outro lado, em relação a alguns elementos diferenciadores, a dificuldade de prova por parte do trabalhador ou candidato a emprego é complexa, isto porque estão em causa dados que correspondem à vida privada de terceiros cujo acesso estará, e bem, bastante limitado.

Quer na discriminação direta quer na discriminação indireta, o recurso a dados sensíveis, para efeitos de prova, é especialmente difícil, uma vez que se baseia no processamento de dados cuja recolha e o processamento ou não se verificam ou dizem

respeito a informação irrelevante para o processo decisório do empregador e como tal sujeita a um regime de acesso e tratamento muito restrito.

No direito comunitário o artigo 8º da Diretiva 2000/43/CE, estabelece que basta a existência de uma presunção de discriminação para que o empregador tenha que produzir prova em contrário, segundo Teresa Coelho Moreira²²⁵, o artigo 8º da Diretiva no que respeita a ónus da prova estabelece um procedimento que opera por fases. Segundo a autora num primeiro momento o trabalhador ou candidato a emprego tem que estabelecer uma conduta que à primeira vista consubstancia uma prática discriminatória, nesta primeira fase a autora defende que basta criar no espírito do julgador a suspeição acerca da prática discriminatória. A criação desta dúvida no julgador é o bastante para passarmos à segunda fase, a audição do empregador e em consequência, a terceira fase em que o empregador terá que fazer prova em contrário. Segundo a autora, num primeiro momento o trabalhador ou candidato a emprego tem que estabelecer uma conduta que à primeira vista consubstancia uma prática discriminatória; nesta primeira fase, a autora defende que basta criar no espírito do julgador a suspeição acerca da prática discriminatória. A criação desta dúvida no julgador é o bastante para passarmos à segunda fase, a audição do empregador; e em consequência, a terceira fase, em que o empregador terá que fazer prova em contrário. Segundo a autora, não basta que o indivíduo alegue que é detentor de um elemento diferenciador e que sofreu uma desvantagem, é necessário que a suspeição criada permita aferir que a desvantagem se verificou por causa do elemento diferenciador.

Do ponto de vista da jurisprudência comunitária, no caso *Bilka vs Weber von Hartz*, de 13 de maio de 1986, processo C-170/84, o tribunal estabeleceu um conceito de prova da aparência de discriminação cujo raciocínio se baseou na comparação da diferença remuneratória entre um trabalho maioritariamente desempenhado por elementos do sexo feminino e um trabalho maioritariamente desempenhado por elementos do sexo masculino caberá ao empregador a prova de que a medida não é discriminatória.

No direito interno, o artigo 25º nº 5 do CT fixa o regime aplicável ao ónus da prova nos casos de discriminação, aqui remetemos para as considerações feitas anteriormente.

²²⁵Moreira, Teresa Coelho, O ónus da prova... p. 110.

Independentemente da discussão doutrinária acerca do ónus da prova, é para a jurisprudência²²⁶ que devemos olhar e para o procedimento adotado no que respeita a esta matéria. De acordo com o STJ²²⁷, cabe ao trabalhador alegar e provar o tratamento diferenciado e o fator de discriminação que esteve na origem de tal comportamento, sendo necessário para tal alegar e provar o elemento comparador. A título de exemplo o trabalhador que se considerar discriminado por causa da religião que professa terá que alegar a religião professada e o tratamento diferenciado de que foi alvo, para mais ainda terá que alegar e provar que o tratamento diferenciado ocorreu por causa da sua religião através da indicação de outro trabalhador ou grupo de trabalhadores ao qual não foi imposto tal comportamento porque não professam a mesma religião. O Tribunal da Relação do Porto²²⁸ dita que pese embora o tratamento desigual possa indiciar uma situação de discriminação, apenas podemos retirar essa conclusão se associarmos o comportamento ao elemento diferenciador através da prova, pelo trabalhador ou candidato a emprego, do nexo de causalidade que faz funcionar a inversão do ónus da prova, para fazer prova do nexo de causalidade o indivíduo tem que introduzir, em juízo, o elemento comparador.

Assim, o trabalhador ou candidato a emprego terá de alegar e provar o elemento diferenciador, o tratamento diferenciado e fornecer ao tribunal o exemplo de outros trabalhadores que, por não possuírem determinado quadro clínico, não foram alvo de determinada conduta pelo empregador.

A prova fica especialmente difícil quando nos referimos à informação genética. Tomemos o exemplo de Kim, cujo conhecimento acerca da sua condição genética não foi obtido através de nenhum ato de indagação por parte do empregador. Tal informação foi tornada pública pela mesma no ambiente de trabalho. Posteriormente, a mesma foi dispensada após uma avaliação negativa da sua prestação laboral. Num tribunal português, Kim teria de alegar e provar a sua condição, que aqui residiria na alegação e prova de dados de terceiro, nomeadamente da sua mãe que havia falecido em razão de uma doença genética; alegar e provar o despedimento; e que outros trabalhadores alvo de uma avaliação negativa não foram dispensados porque não possuíam familiares com

²²⁶ Segundo Júlio Gomes, a distribuição do ónus da prova consagrada pela jurisprudência esvaziou o princípio da igualdade de tratamento cfr. *Algumas Reflexões sobre o ónus da prova em matéria de paridade de tratamento retributivo* (“A trabalho igual, salário igual”) p. 314, pp.313-324, in I Congresso nacional de Direito do Trabalho - Memórias (Coord. António Moreira), Coimbra, Almedina, 1998,

²²⁷ Acórdão do STJ de 10 de janeiro de 2014, processo 420/06.7TTLSB.L1. S1.

²²⁸ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15 de outubro de 2012, processo 602/11.0TTGMR.P1.

este quadro clínico. Ora, o manancial de informação que é aqui necessário para que se possa provar a discriminação é muito vasto e reconduz-se essencialmente a informação respeitante à vida privada não só dos trabalhadores como também de indivíduos externos ao contexto da empresa.

Sem a alegação e prova destes elementos o ónus da prova não é invertido, não passamos para o segundo momento do procedimento que é a audição do trabalhador e a ação “morre” logo no primeiro momento.

Se recorremos a tudo aquilo que foi dito até aqui conseguimos perceber que a informação de saúde, e em especial, a informação genética são dados que pertencem à vida privada do indivíduo, e não deixam de o ser porque o indivíduo é trabalhador de determinada empresa. A informação genética, por se reportar à saúde futura do trabalhador ou candidato a emprego é irrelevante, exceto nos casos previstos na lei, nomeadamente na Lei 12/2005, que no seu artigo 13º nº 5, se refere a *apenas a riscos muito graves e se relevantes para a saúde atual do trabalhador*, sem esquecer que tratando-se de dados considerados dados pessoais, e mais especificamente, uma categoria especial de dados, o seu tratamento está sempre sujeito a requisitos de licitude, finalidade e proporcionalidade, pelo que mesmo nos casos específicos previstos na lei, é necessário que o meio utilizado seja o menos lesivo e a finalidade terá que ser legítima.

Assim, do ponto de vista da tutela da privacidade o acesso a informação genética do candidato a emprego, será em regra ilegítima. Isto porque, nos termos do artigo 17º nº 1 alínea a) do CT, não é um aspeto necessário para a aptidão laboral, uma vez que se refere a dados cuja verificação é no mínimo futura e na maioria das vezes para além de futura apenas probabilística. Nos termos do artigo 106º do CT, o dever de informação recai apenas sobre os aspetos relevantes para a prestação laboral com a limitação do disposto no artigo 16º do CT. Por exemplo, ao contrário da informação acerca do património genético, será legítimo ao empregador a indagação acerca da ideologia política de um candidato a emprego se o procedimento concursal se destinar à ocupação de um posto de trabalho num partido político.

Por sua vez, o artigo 25º nº 2 do CT, dita que a finalidade subjacente ao tratamento diferenciado é a adequação do trabalhador ou candidato a emprego ao posto de trabalho

e à natureza da prestação laboral²²⁹, desta forma a escolha de um trabalhador tendo em conta o resultado da questão relativa à ideologia política de um grupo de candidatos a um posto de trabalho num partido político não consubstancia discriminação, mas sim um tratamento diferenciado legítimo nos termos do artigo 25º nº 2 do CT.

Então e se o juízo de irrelevância que dita que determinada restrição à privacidade é ilegítima, como é o caso do acesso a informação genética, fosse tido em conta para efeitos da tutela da discriminação? A irrelevância da informação genética para a prestação laboral à verificação da exceção do artigo 25º nº 2 do CT, não existindo lugar à ponderação acerca da verificação da derrogação à regra geral do artigo 25º nº 1 do CT?

Ora, fora dos casos especialmente previstos na lei, o acesso à informação genética é ilícito porque não existem razões de relevância para a prestação laboral. Não sendo relevante, não constitui um requisito determinante para desempenhar a atividade. O conhecimento da informação genética representa o conhecimento de um elemento diferenciador em resultado de um ato do empregador à priori ilegítimo por configurar uma invasão da privacidade, o tratamento diferenciado com base no conhecimento do património genético constitui discriminação nos termos do artigo 25º nº 1 CT e, como não se verifica a derrogação do artigo 25º nº 2 do CT, passamos diretamente para o artigo 25º nº 5 do CT pelo que caberá ao empregador provar que o tratamento diferenciado não teve como base o conhecimento da informação genética do indivíduo.

Desta forma, nos termos do artigo 25º nº 5 do CT, seria necessário alegar o elemento diferenciador e o tratamento diferenciado, mas não o elemento comparador, bastando a invasão da privacidade²³⁰.

Vejamos o caso de Kim à luz do nosso ordenamento jurídico, em que se tornou pública informação genética. Apesar de consubstanciar uma das derrogações do artigo 9º nº 2 do RGPD, permitindo-se o seu tratamento²³¹, este tratamento é ilícito uma vez que não preenche nem alínea b) nem a alínea c) do artigo 6º do RGPD, pelo que a utilização desta informação é, portanto, ilícita. Nos termos do artigo 17º nº 1 alínea a) do CT, a

²²⁹ Dray, Guilherme, *O Princípio da proteção...* p. 575.

²³⁰ Segundo Teresa Coelho Moreira existem situações em que o demandante pode tornar plausível que não é necessário o juízo comparador. Cremos estar numa situação em que a invasão da privacidade poderá fundar a dispensa de alegação e prova do elemento comparador.

²³¹ Veja-se a definição de tratamento no artigo 4º nº 2 do RGPD.

informação genética não é estritamente necessária para o desempenho da função, pois Kim era assistente social e a informação sobre a sua saúde futura em nada relevava para avaliar a sua aptidão para a execução do contrato. Estaríamos, portanto, perante uma violação do artigo 16º do CT. Kim tinha desempenhado as suas funções de forma competente, conforme o atestaram as avaliações de desempenho até ao momento posterior ao tratamento ilícito da informação relevante à sua vida privada, em que a mesma recebeu uma avaliação de desempenho negativa que serviu de motivo ao seu despedimento. Temos o tratamento diferenciado e temos um elemento diferenciador cujo conhecimento apenas é possível porque existiu uma restrição ilícita da privacidade.

A particularidade da informação genética reside na possibilidade de apenas poder ser conhecida, abrindo a porta para a discriminação, através da restrição da reserva da vida privada do indivíduo. Sem esta restrição a informação não tem forma de ser conhecida pelo empregador, mesmo os casos em que o trabalhador ou candidato a emprego de alguma forma acabam por fornecer essa informação, a mesma continua a ser irrelevante para a prestação laboral a informação genética do trabalhador relativa ao seu estado de saúde é, maioritariamente, relativa à sua saúde futura e, portanto, irrelevante.

Conclusão

Ao longo do presente trabalho, procurámos demonstrar que o acesso a dados genéticos do trabalhador ou candidato a emprego pode potenciar, em simultâneo, a violação do direito à privacidade e do princípio da igualdade e não discriminação.

Por essa razão, atenta a importância do tema e os cuidados a ter no manuseamento desta matéria, fomos assumindo diversas conclusões, as mais importantes das quais passamos a expor:

1º - A evolução científica e tecnológica permitiu a obtenção de um conhecimento muito vasto acerca do indivíduo, a facilidade de acesso a factos respeitantes à sua vida privada quer através da indagação quer através da exposição desses mesmos factos pelo próprio, obrigaram à análise da reserva da vida privada face às novas formas de obtenção de conhecimento.

2º - No direito do trabalho, a delimitação entre a vida privada do indivíduo e o local de trabalho não é uma tarefa fácil e hoje torna-se ainda mais complexa. A linha entre aquilo que não releva para a prestação laboral e, portanto, é privado, e a prestação laboral, não é fácil de delinear, já que o indivíduo e o trabalhador não são duas realidades separáveis e interpenetração destas duas realidades ocorre no local de trabalho.

Ao mesmo tempo, maior informação acerca da vida privada significa mais acesso a elementos que podem servir de base a práticas discriminatórias, especialmente quando falamos de elementos diferenciadores cuja informação se encontra no domínio da vida privada.

3º- Desde o momento em que o indivíduo pretende integrar uma estrutura empresarial que os seus direitos sofrem restrições; é um acontecimento natural, tendo em conta que falamos de outros interesses em jogo para além daqueles pertencentes ao candidato a emprego ou trabalhador, dado que os interesses do empregador e dos restantes indivíduos que integram o contexto laboral também são tutelados pelo direito.

4º - Esta restrição não significa a compressão total dos direitos do indivíduo quando este integra a estrutura laboral. A tutela da cidadania do trabalhador deve manter-se e, no nosso ordenamento jurídico, faz-se através da consagração no Código do Trabalho dos direitos de personalidade previstos nos artigos 14º e seguintes do CT, bem como das normas relativas ao princípio da igualdade e não discriminação, contempladas nos artigos 23º e seguintes do CT.

5º - Os direitos de personalidade não são absolutos e sofrem as limitações inerentes ao contexto laboral. Os interesses do empregador também são objeto de tutela e em caso de colisão podem prevalecer sobre os interesses do trabalhador; porém, também o inverso se verifica. É o que acontece no caso da informação acerca do património genético.

6º- No caso do património genético, a reserva da vida privada do indivíduo é quase absoluta. Não cremos que existam razões que justifiquem a restrição da reserva dos dados genéticos do trabalhador ou candidato a emprego- Com efeito, em nenhuma das disposições normativas ao longo do CT destinadas a regular a limitação do direito de reserva da vida privada se encontrou a justificação que permita o tratamento de informação genética no contexto laboral. Apenas em legislação avulsa conseguimos encontrar tal permissão expressa e mesmo nos termos da lei alertamos para o facto de que a Lei 12/2005 deverá concretizar na sua regulamentação o conceito de *situações particulares que impliquem riscos graves para a segurança ou saúde* e o que considera ser, para efeitos da Lei, *agência ou entidade independente* e se cabe ou não a esta entidade decidir também se o ambiente de trabalho coloca riscos específicos para o trabalhador ou afeta a sua capacidade de desempenhar uma determinada tarefa em segurança.

7º- O CT veda a discriminação com base no património genético do indivíduo, que ocorre quando o tratamento diferenciado tem por base informação relativa aos genes, mas cujas consequências dessa informação ainda não se manifestaram. O critério residirá essencialmente na impossibilidade de percecionar de forma imediata as consequências físicas ou psíquicas do ADN do indivíduo no momento da indagação. A constituição genética determinará manifestações como a cor da pele, raça, sexo e a deficiência, elementos para os quais existe tutela e são eles próprios considerados elementos diferenciadores. Não podemos passar a considerar que estes elementos podem deixar de ser tidos em conta porque no fundo constituem casos de discriminação genética, sob pena de enfraquecermos a tutela já existente e em nada contribuirmos para a identificação daquilo que poderá ser considerado de facto como discriminação em razão do património genético.

8º - Para o tema do património genético no contexto das relações de trabalho encontramos duas vias de proteção; a tutela da vida privada e a tutela do princípio da igualdade. A primeira encontra proteção no artigo 26º da CRP, na legislação comunitária, no contexto do RGPD, no artigo 80º do CC e no artigo 16º do CT. Por sua vez a tutela da segunda reconduz-se ao artigo 13º da CRP, à legislação comunitária em

matéria de igualdade de tratamento e aos artigos 23º e seguintes do CT. Nesta matéria a reserva da vida privada e o princípio da igualdade e não discriminação não correm separados, a tutela vai encontrar o seu ponto de interconexão no regime do ónus da prova do artigo 25º n.º 5 do CT.

9º - A distribuição do ónus da prova nos tribunais portugueses torna extremamente difícil invocar em juízo o princípio da igualdade. A não ser que o empregador reconheça o tratamento diferenciado, o trabalhador não tem acesso à informação e aos dados necessários para provar a situação de discriminação. O exemplo da discriminação genética vem reforçar esta ideia de dificuldade.

10º - A prova do elemento comparador exigido pelos tribunais portugueses para provar o nexo de causalidade entre o tratamento diferenciado e o elemento diferenciador necessita de dados que podem nem sequer existir, como os dados estatísticos para provar a discriminação indireta, ou os dados relativos a pessoas externas à estrutura empresarial nos casos de discriminação direta.

11º - Por essa razão e porque importa assegurar a proteção do trabalhador, quando estão em causa, simultaneamente, violações ao seu direito à reserva da intimidade da vida privada e práticas discriminatórias decorrentes daquela violação, entendemos não existir a necessidade de introduzir o juízo comparativo para a prova de discriminação. A discriminação em razão do património genético pressupõe o acesso a dados genéticos do indivíduo, acesso esse ilegítimo por se entender não existirem razões nem ligadas à natureza da função nem à tutela de terceiros que permitam a indagação sobre o estado clínico futuro do trabalhador ou candidato a emprego. O acesso ilegítimo que permite o conhecimento de informação desfavorável para o indivíduo naquele contexto, e o tratamento diferenciado que lhe segue devem constituir factos suficientes para presumir a conduta discriminatória e chamar o empregador a demonstrar que cumpriu a sua obrigação que deriva do princípio da igualdade, de tratar igual as situações iguais.

12º - Desta forma, o património genético não é protegido em dois momentos distintos, ou como avança a doutrina estado-unidense já mencionada, não é a tutela da reserva da vida privada que deve operar em detrimento da tutela da igualdade por a primeira ser mais eficaz. A tutela da reserva da vida privada intervém na tutela do princípio da igualdade e não discriminação para afastar a dificuldade de prova que existe na jurisprudência portuguesa.

13º - A restrição ilícita do direito de reserva da vida privada do trabalhador ou candidato a emprego não significa apenas o dever do empregador de indemnizar pelos danos

causados ao abrigo da responsabilidade civil; a mesma pode ser (e deve) ser utilizada para efeitos do artigo 25º nº 5 do CT. A irrelevância da informação genética, que tornou ilícita a invasão de privacidade no primeiro momento, consubstancia facto suficiente para estabelecer os factos a partir dos quais se presume a conduta discriminatória, uma vez que cria no julgador a dúvida sobre a racionalidade da situação.

14 º - Desta forma, a tutela da discriminação em razão do património genético desenha-se complexa. É necessário termos uma definição concreta do que é, sob que formas se manifesta e dedicar-lhe mais atenção. Não temos nenhum caso na jurisprudência e acreditamos que poucos tenham notícia de um caso na vida quotidiana. Tal, não significa, porém, que tal prática que não se tenha já verificado e que por não termos um conceito, “um nome para lhe chamar”, a mesma tenha passado despercebida ou disfarçada de outro elemento diferenciador. Os avanços científicos e tecnológicos permitirão no futuro um acesso ainda mais fácil a esta informação através do registo de hábitos de consumo, do cruzamento de bases de dados informáticas entre as seguradoras e as entidades patronais e até do habitual “murmúrio de corredor” no local de trabalho.

15º - O CT foi inovador ao consagrar o património genético como elemento diferenciador, fazendo-o quando ainda o direito comunitário não o fez - mas é necessário pensar sobre a discriminação em razão da genética do ponto de vista normativo.

Bibliografia

- <http://www.dgpj.mj.pt>. s.d. <http://www.dgpj.mj.pt> (acedido em 07 de março de 2018).
- Abrantes, José João. *Direitos Fundamentais da Pessoa Humana no Trabalho, em especial, a reserva da intimidade da vida privada (Algumas Questões)*. Lisboa: Almedina, 2014.
- . “Princípio da proporcionalidade e tutela da personalidade do trabalhador.” *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, vol. II, Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. 320 ss.
- Acórdão nº 306/2003. Processo nº 382/2003 (Tribunal Constitucional, 2003).
- Alper, Joseph. “Genetic Complexity in Human Disease and Behaviour.” Em *The Double-edged Helix*, de Alper and others, 17-38. Maryland: The Johns Hopkins University Press, 2002.
- Amado, João Leal. *Contrato de Trabalho - Noções Básicas, 11ª Edição*. Lisboa: Almedina, 2016.
- . *Contrato de Trabalho*. publicação conjunta de Wolsters Kluwer Portugal e Coimbra Editora, janeiro de 2010.
- Apostolides, Sara Costa. *Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho*. Lisboa: Almedina, 2008.
- Barbas, Stela. “Contratos de trabalho em face de novas possibilidades de diagnóstico.” www.broteria.pt. Maio/Junho de 2000.
http://www.broteria.pt/images/books/pdf/Brot%C3%A9ria_Cristianismo%20e%20Cultura_2000_Maio_Junho_Volume_5_6_150.pdf. (acedido em 07 de março de 2018).
- Barbas, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito do Genoma Humano*. Lisboa: Almedina, 2011.
- Brandeis, Samuel Warren e Louis. “The right to privacy (The implicit made explicit).” s.d.
- Cabral, Rita Amaral. “O direito à intimidade da vida privada.” *Estudos em memória do Professor Doutor Paulo Cunha, Separata da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*. 1989.
- Canotilho, Mariana. “Brevíssimos apontamentos sobre a não discriminação no direito da União Europeia.” *Julgar, nº 14, Coimbra Editora*, 2011.
- Canotilho, Vital Moreira e José Gomes. *Constituição da República Portuguesa - Anotada, Vol. I, Artigos 1º a 107º*. Almedina, 2014.
- Carvalho, Paulo Morgado de. “O ónus da prova em caso de discriminação.” *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, vol. III, Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. 109-136.

- Caupers, João. *Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*. Lisboa: Almedina, 1985.
- “Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Relatório Parecer 37/CNECV/01.” www.cneqv.pt. s.d.
http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273057386_P037_InfGeneticaPessoal.pdf, (acedido em 04 de junho de 2018).
- Cordeiro, António Menezes. “Os direitos de personalidade na civilística portuguesa.” *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. I, 2002: 21 a 45.
- . “O respeito pela esfera privada do trabalhador .” *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias* (coord. António Moreira). Lisboa: Almedina, 1998.
- . *Tratado de Direito Civil IV - Parte Geral*, 4ª Edição. Lisboa: Almedina, 2016.
- Craig, John Dr. *Privacy & Employment Law*. Portland Oregon: Hart Publishing, Oxford , 1999.
- Cristiano Guedes, Debora Diniz. “Um caso de discriminação genética: o traço falciforme no Brasil.” s.d. <http://www.scielo.br/pdf/physis/v17n3a06.pdf> (acedido em 30 de outubro de 2017).
- “Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos.” www.unesco.org. s.d.
<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001361/136112porb.pdf>. (acedido em 02 de maio de 2018).
- “Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos.” www.unesco.org. s.d.
<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>. (acedido em 08 de maio de 2018).
- Domínguez, Juan José Fernández. *Pruebas Genéticas en el Derecho del Trabajo*. Madrid: Estudios de Derecho Laboral, Civitas Ediciones, 1999.
- Dray, Guilherme Machado. *A influência dos Estados Unidos da América na afirmação do princípio da igualdade no emprego nos países da lusofonia*. Lisboa: Almedina, 2016.
- . “Justa Causa e Esfera Privada.” *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. II - *Justa Causa de Despedimento*, 2002: 34 a 91.
- . “Breves notas sobre o ideal de justiça contratual e a tutela do contraente mais débil.” *Estudos em Homenagem a Inocêncio Galvão Telles*, pp. 75 a 105, vol. I, Almedina, Lisboa, 2001.
- . “Justa Causa e Esfera Privada.” *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. II, *Justa Causa de Despedimento*, Instituto do Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (coord. Pedro Romano Martinez). Lisboa: Almedina, 2001.
- . *O Princípio da Proteção do Trabalhador*. Lisboa: Almedina, 2015.

- . “O direito à reserva da intimidade da vida privada. O artigo 80º do Código Civil de 1966.” *Revista de Direito Civil II* (2017), 3, s.d.: 673-699.
- . “O direito à reserva da intimidade da vida privada. O artigo 80º do Código Civil de 1966.” *Revista de Direito Civil, nº 3, Almedina*, 2017: 673-699.
- edition, Handbook on European non-discrimination law – 2018. 2018.
<http://fra.europa.eu/en/publication/2018/handbook-european-law-non-discrimination> (acedido em 11 de abril de 2018, às 23:09).
- Fernandes, António Monteiro. s.d.
- . *Direito do Trabalho, 18ª Edição*. Lisboa: Almedina, 2017.
- “Genetic Information NonDiscrimination Act.” *www.law.justia.com*. s.d.
<https://law.justia.com/codes/us/2015/title-42/chapter-21f/> (acedido em 03 de outubro de 2018).
- Gerard Quinn, Aisling de Paor e Peter Blanck. *Genetic Discrimination - Transatlantic perspectives on the case for a European-level legal response*. Nova Iorque: Routledge, 2015.
- Gomes, Júlio. “Algumas reflexões sobre o ónus da prova em matéria de paridade de tratamento retributivo (“a trabalho igual salário igual).” *I Congresso nacional de Direito do Trabalho - Memórias* (Coord. António Moreira), Coimbra, Almedina, 1998, s.d.: 313-324.
- Gomes, Júlio Manuel Vieira. *Direito do Trabalho - Vol I - As relações individuais de trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- . *Direito do Trabalho - Volume I - As relações individuais de trabalho*. Coimbra Editora, 2007.
- Gomes, Júlio Manuel Vieira. “Um direito de alerta cívico do trabalhador subordinado? (ou a proteção laboral do whistleblower).” *Revista de Direito e de Estudos Sociais, ano LV (XXVIII da 2ª série) Nº 1-4, janeiro-dezembro de 2014*, 2014.
- Gonçalves, Anabela Susana de Sousa. “Dados pessoais de natureza genética - a base de dados genéticos para fins de identificação civil e a recolha e tratamento de dados genéticos para fins de saúde, pp. 161-182.” Em *Liber Amicorum Manuel Simas Santos*. Lisboa: Rei dos Livros, 2016.
- Greely, Henry t. “Genotype discrimination: the complex case for some legislative protection.” *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 149, nº 5, 2001.
- Guerra, Amadeu. *A Privacidade no Local de Trabalho, As novas tecnologias e o controlo dos trabalhadores através de sistemas automatizados. Uma abordagem ao Código do Trabalho*. Coimbra : Almedina, 2004.

- Joana Nunes Vicente, Milena Silva Rouxinol. "Entre o direito à saúde e o direito a estar doente - comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29 de Maio de 2007." *Questões Laborais*, Ano XV, nº 31, 2008: 89-114.
- Judiciários, Centro de Estudos. *Saúde, doença e discriminação no local de trabalho*. Coleção de formação contínua 2013-2014, e-book, agosto de 2016.
- Kim, Pauline T. "Genetic Discrimination, Genetic Privacy: rethinking employee protections for a brave new workplace, vol. 96 nº 4." *Northwestern University Law Review*, 2002: 1497 a 1551.
- King, Nancy J., Sukanya Pillay, e Gail A. Lasprogata. "Workplace Privacy and Discrimination Issues Related to Genetic Data: a comparative law study of the European Union and the United States." *American Business Law Journal*, vol. 43, Issue 1, Spring, 2006.
- Lemke, Thomas. "Beyond genetic discrimination. Problems and perspectives of a contested notion." *Genomic, Society and Policy*, vol. 1, nº 3, 2005: 22-40.
- Lizardo, João Palla. "Exames médicos obrigatórios e direitos de personalidade - o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25-10-2010." *Questões Laborais*, nº 24, 2004: 215-224.
- Lourenço, Paula Lameira. "Os deveres de informação no contrato de trabalho." Relatório de Mestrado de Direito do Trabalho, 1998/99.
- Lowndes, Paor de Aisling and Noel. "Tracing the history, evolution and future orientation of genetic science and technology." Em *Genetic Discrimination - Transatlantic perspectives on the case of a European-level legal response*, de Aisling de Paor, Peter Blanck Gerard Quinn, 11-35. Nova Iorque: Routledge, 2015.
- Martinez, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*, 8ª Edição. Lisboa: Almedina, 2017.
- Medeiros, Jorge Miranda e Rui. *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I - Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1º a 79*, 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- Mendes, Marlene Alexandra Ferreira. "O direito à mentira da trabalhadora grávida." *Data Venia*, ano 1, nº 2, 2013: 51 a 100.
- Moreira, José Gomes Canotilho e Vital. *Constituição da República Portuguesa - Anotada- Vol. I - Artigos 1º a 107º*. Reimp. Lisboa: Almedina, 2014.
- Moreira, Teresa Alexandra Coelho. "Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador." *Studia Iuridica* 78, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2004.
- Moreira, Teresa Coelho. "O ónus da prova em casos de discriminação." *Igualdade e não discriminação*, 2013: 79-125.
- Morgado, Marta da Fonseca. "Intervenções no Genoma Humano: Problemática Ético-jurídica." *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 2 (2016) nº 6, CIDP, Lisboa, 2016.

- . “Intervenções no genoma humano: problemática ético-jurídica.” *RJLB*, ano 2, nº 6, 2016: 1119 a 1160.
- Nancy J. King, Sukanaya Pillay and Gaul A. Lasprogata. “Workplace Privacy and Discrimination Issues Related to Genetic Data: a comparative law study of the European Union and the United States.” *American Business Law Journal*, Vol. 43, Issue I, Spring, 2006.
- Olick, Robert S. “Genetic Discrimination in the workplace after GINA.” Em *Genetic Discrimination - Transatlantic perspectives on the case for a European-level legal response*, de Aisling de Paor and Peter Blanck Gerard Quinn, pp. 128-140. New York: Routledge, 2015.
- Otlowski, M. et al. “Genetic Discrimination: international perspectives.” *Annual Review of Genomics and Human Genetics*, nº 13. 2012. genom.annualreviews.org (acedido em 24 de maio de 2018).
- Pagnatarro, Marisa Anne. “Genetic discrimination and the workplace: employee's right to privacy v. employer's need to know.” *American Business Law Journal*, vol. 39, 2001: 139 a 185.
- Paor, Aisling de. “Employment practices in a new genomic era - acknowledging competing rights and striking a balance.” Em *Genetic Discrimination - Transatlantic perspectives on the case for a European-level legal response*, de Aisling de Paor and Peter Blanck Gerard Quinn, 161-176. New York: Routledge, 2015.
- . “Genetic Discrimination: a case for a European legislative response?” *European journal of health law*, Kluwer Academic, vol. 24 nº 2, abri de 2017: 135-159.
- Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Machado Dray, Luís Gonçalves da Silva. *Código do Trabalho -Anotado*. Lisboa: Almedina, 2017.
- Pimpão, Rosa Céline. *A tutela do trabalhador em matéria de seurança (higiene) e saúde no trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- Pinto, Paulo Mota. “A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada.” *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2001: 527-559.
- Ramalho, Maria d Rosário Palma. “Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais da Pessoa.” *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II. Lisboa: Amedina, 2002.
- Ramalho, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho, Parte II, Situações Laborais Individuais*, 6ª Edição. Lisboa: Almedina, 2016.
- . “Contrato de trabalho e direitos fundamentais da pessoa.” *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço*, s.d.: 392 a 413.

- Rego, Carlos Lopes do. "Higiene e saúde no trabalho - exames obrigatórios - reserva da vida privada, Acórdão nº 368/02 do Tribunal Constitucional, de 25 de Setembro de 2002, Comentário." *Revista do Ministério Público*, nº 92, Ano 23, 2002.
- Serrão, Daniel. "A UNESCO e o genoma humano." *Brotéria, Cultura e Informação*. vol. 143, 1996: 605-612.
- Silva, Luciana Vasco da. "Direito de Privacidade no direito brasileiro e norte-americano." *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano I (2015), Nº 5, Centro de Investigação de Direito Privado, 2015: 819-840.
- Silva, Luís Gonçalves da. *Estudos de Direito do Trabalho*, vo. I, 2ª edição. Lisboa: Almedina, 2008.
- Sottomayor, Maria Clara. "Dever de lealdade dos trabalhadores e tutela do fim das pessoas coletivas." *António Monteiro Fernandes (org.), Para Jorge Leite*, Coimbra Editora, 2014.
- Sousa, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- Taylor, Mark. "Genetic Discrimination draft European Union General Data Protection Regulation." Em *Genetic Discrimination - Transatlantic perspectives on the case of a European-level legal response*, de Gerard Quinn, Aisling de Paor e Peter Blanck, 211-225. Nova Iorque: Routledge, 2015.
- Vasconcelos, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. 8ª. Lisboa: Almedina, 2017.
- Xavier, Bernardo. "O Acesso à Informação Genética: O caso particular das entidades empregadoras." *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. I, Coord. José de Oliveira Ascensão, Almedina, 2005: 141-164.

Anexos

Anexo 1 – Parecer nº 8/2003 CNPD – Código do Trabalho cfr. https://www.cnpd.pt/bin/relatorios/anos/RELATORIO_03_04.pdf, disponível na internet em http://www.verbojuridico.net/doutrina/trabalho/parecer_codtrab.html, acedido a 02 de junho de 2018 às 20:22h.

Anexo 2 – Tipos de discriminação genética reportados entre os doentes de Huntington nos Estados Unidos da América, Austrália e Canadá, retirado de *Genetic Discrimination: internacional perspectives in Annual Review of Genomics and Human Genetics*, nº 13, pp. 433-454, 2012, disponível na internet genom.annualreviews.org, acedido em 24 de maio de 2018, às 00:19

Anexo 3 – Respostas legislativas na matéria da discriminação genética na Europa e noutros países não europeus, retirado de *Genetic Discrimination: internacional perspectives in Annual Review of Genomics and Human Genetics*, nº 13, pp. 433-454, 2012, disponível na internet genom.annualreviews.org, acedido em 24 de maio de 2018, às 00:19

Anexo 4 – Parecer do Provedor de Justiça, parecer 706-05, processo R-4173/04 - “*Discriminação infundada no acesso ao emprego em função da idade, sexo e/ou património genético*” disponível para acesso na internet em https://www.provedor-jus.pt/site/public/archive/doc/Parecer_706-05.pdf, acedido a 23 de junho de 2018 às 23:32h.

Anexo 1

PARECER N.º 8/2003 CNPD CÓDIGO DO TRABALHO

O SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO DE TRABALHO E DOS ASSUNTOS SOCIAIS SOLICITOU À CNPD, EM 2 DE MAIO DE 2003, A EMISSÃO DE PARECER SOBRE O CÓDIGO DO TRABALHO, TENDO SUGERIDO UM PRAZO PARA A EMISSÃO DE PARECER DE 10 DIAS ÚTEIS.

I. Questões Prévias

Há alguns anos que a CNPD tem vindo a tomar iniciativas várias junto do Governo e da Assembleia da República no sentido de ser assegurada, como estabelece a Lei 67/98, de 26 de Outubro, a sua audição sobre disposições legais que contenham matérias de protecção de dados pessoais. Ainda no decurso deste ano de 2003 foi recebida pela 1.ª Comissão de Assuntos Constitucionais Direitos Liberdades e Garantias, a quem reiterou a sua preocupação em relação à falta de audição sobre alguns diplomas e, em particular, sobre o Código do Trabalho.

Em ofício dirigido a Sua Excelência o Ministro da Segurança Social e do Trabalho em 31/7/2002, a CNPD alertou para a necessidade da sua audição. Em resposta, datada de 25/9/2002, foi respondido pelo Gabinete do Secretário de Estado do Trabalho o seguinte: "naturalmente, não deixaremos de solicitar, na altura devida, o douto parecer da CNPD". Apesar disso, o Governo não solicitou qualquer parecer à CNPD.

A CNPD tem vindo a fazer um esforço no sentido de corresponder a várias solicitações de pedidos de emissão de parecer com carácter de urgência - quer do Governo quer da Assembleia da República - viabilizando a celeridade do processo legislativo que, por vezes, se pretende imprimir a determinados diplomas. Mas, como tem sido sistematicamente salientado pela CNPD, a urgência dos pedidos de parecer pode dificultar, de forma séria, uma análise aprofundada e detalhada sobre aspectos fundamentais de protecção de dados, podendo ficar comprometidos os objectivos que o legislador pretendeu atingir com a consulta da Comissão.

No caso presente todo este processo de audição apresenta contornos insólitos e peculiares que não podemos deixar evidenciar:

- Não obstante os vários alertas da CNPD para a falta de audição, somos confrontados com um pedido de parecer que é formulado depois de o Código do Trabalho ter sido aprovado na Assembleia da República, em 10 de Abril de 2003. Não obstante, estamos convictos de que as nossas sugestões irão ser consideradas e é nessa perspectiva que, mais uma vez, fazemos um esforço no sentido, em prazo útil, dar um contributo positivo que, no nosso ponto de vista, possa aperfeiçoar e reforçar a protecção da privacidade dos trabalhadores.

- Só a urgência do processo legislativo pode justificar que, no pedido, se tenha apontado um prazo de 10 dias úteis para a emissão de parecer (prazo que consideramos indicativo). Contrariamente ao que se possa pensar, as matérias de protecção de dados insertas neste Código não se resumem aos artigos insertos na Subsecção II, relativos aos "direitos de personalidade". Existem outras disposições, dispersas pelo Código[1], que deveriam merecer uma outra atenção da CNPD se o pedido tivesse sido formulado no decurso do processo legislativo e com um tempo razoável para a Comissão debater todos os aspectos

pertinentes.

- Estamos convictos que no presente caso poderia ter sido evitada a presente situação na medida em que, em devido tempo, a CNPD, embora não fosse sua obrigação, alertou o Governo e Assembleia para a imprescindibilidade da sua audição.

A CNPD sempre considerou que era útil estabelecer e institucionalizar, no processo legislativo, um momento próprio para a sua audição. Os pedidos de parecer com carácter de urgência devem assumir carácter excepcional, sob pena de serem desvirtuados os objectivos subjacentes às disposições do artigo 22.º n.º 2 e 23.º n.º 1 al. a) da Lei 67/98. A audição posterior à aprovação dos diplomas pressupõe, necessariamente, uma ponderação do conteúdo do parecer e, tal como se espera, uma nova aprovação da lei pelo órgão de soberania competente. É o que se espera que venha a acontecer.

II. Enquadramento e apreciação geral

1. Com o desenvolvimento das novas tecnologias é inevitável que o tratamento de dados e as fórmulas de controlo no local de trabalho assumam uma natureza diversificada, nomeadamente à custa da introdução sistemática da informática nos processos de controlo, de entradas e saídas, de movimentos no interior da empresa e no processo produtivo, bem como na recolha de múltipla informação sobre o trabalhador. Este, que anseia passar despercebido e ver preservados os seus direitos de personalidade (cf. artigo 16.º n.º 1 do projecto de Código de Trabalho), pode transformar-se num trabalhador vigiado e "transparente"[2] em relação ao qual a máquina se encarregou de registar e transmitir as suas "coordenadas". O controlo já não está exclusivamente direccionado para os resultados da prestação do trabalho, tendo passado a abranger outros aspectos que o empregador pode valorar: o seu comportamento, a forma como executa as tarefas que lhe estão atribuídas (v.g. forma de atendimento de clientes, o entusiasmo que imprime à sua actividade, a eficácia e rapidez de execução das tarefas) ou como se adapta ao trabalho em grupo.

Decorrendo o exercício dos poderes de controlo do próprio contrato, não devem os sistemas assumir carácter ilimitado mas ater-se ao que se revele necessário a aferir o cumprimento do contrato naquilo que se relacione com a melhoria da organização produtiva da empresa. Estes devem ser proporcionados e exercidos de forma racional com o nível de intromissão objectivamente justificado no contexto do contrato, respeitando "um mínimo de serenidade das condições de trabalho ... e o direito do trabalhador de não ser atingido por estímulos produtivos, exasperantes e usurários"; é que "a dignidade do trabalhador é algo demasiado importante para poder ser posta em causa através de meios de vigilância clandestina"[3] que, nalguns casos, podem vir a comprometer o exercício de alguns dos seus direitos (cf. artigos 16.º e 122.º al. a) do Código do Trabalho). Acresce que o controlo sistemático, para além de ser susceptível de comprometer o grau de confiança recíproco que deve caracterizar a relação laboral, pode contribuir para dar a ideia de que o trabalhador não será "responsável e incapaz de se auto-disciplinar"[4].

2. Sendo pacífico que não é admissível a renúncia do trabalhador ao exercício dos seus direitos na vigência do contrato de trabalho[5], a legitimidade da entidade empregadora para tratar determinado tipo de dados deve passar, cada vez menos, pelo consentimento ou, mesmo, por disposições de natureza contratual. Efectivamente, se a Constituição da República determina que o tratamento de dados sensíveis só pode ocorrer se estiver fundamentado no consentimento ou resultar de disposição legal (artigo 35.º n.º 3) - princípio que o artigo 7.º n.º 2 da Lei 67/98, de 26 de Outubro, retoma - teremos que

reconhecer que as operações de tratamento, especialmente quando afectam alguns direitos dos trabalhadores (v.g. a sua intimidade ou privacidade), devem ter como fundamento disposições legais. É neste pressuposto que o Código do Trabalho deve assumir um papel de efectiva regulação de determinados tratamentos em relação aos trabalhadores.

Se é verdade que o contrato de trabalho se caracteriza por uma situação evidente de supremacia da entidade empregadora e que envolve uma relação de dependência do trabalhador - que disponibiliza a sua força de trabalho e vê alguma da sua criatividade, subjectividade e liberdade individual comprimidas no contexto do exercício dos poderes de direcção - torna-se necessário não esquecer que, quando estão em causa direitos, liberdades e garantias, devem ser criados mecanismos de protecção similares àqueles que são adoptados contra o poder do Estado. Admitindo-se que possa haver uma certa interacção entre as relações de trabalho e alguns aspectos da vida privada, há aspectos da vida privada que nada têm a ver com a vida profissional e que é legítimo o trabalhador preservar e defender da curiosidade empresarial. Ao nível da empresa "o empregador deve não só assegurar o segredo da vida privada dos trabalhadores, mas também deve respeitar a liberdade do trabalhador na sua vida privada, isto é, os comportamentos que relevam estritamente da sua vida pessoal[6]".

Conforme refere João Caupers[7] "os direitos fundamentais dos trabalhadores são fundamentais na medida em que visam assegurar condições de vida dignas, no sentido de minimamente compatíveis com o desenvolvimento da personalidade humana, e de garantir as condições materiais indispensáveis ao gozo efectivo dos direitos de liberdade".

Porque estamos no domínio de direitos fundamentais, as várias formas de tratamento têm que ser compatibilizadas com os vários direitos das partes. Este entendimento resulta, desde logo, do disposto no artigo 18.º n.º 1 da CRP que impõe a aplicação dos preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias, consignando-se que são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. O artigo 18.º n.º 2 da Constituição assume particular relevância pois as restrições aos direitos, liberdades e garantias têm que resultar, necessariamente, da lei e as restrições devem "limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos".

O Código do Trabalho deve, assim, dar particular atenção à delimitação das restrições e à sua compatibilização de direitos das entidades envolvidas na relação de trabalho.

O Grupo de protecção das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais[8] teve oportunidade de considerar, em documento de trabalho recente[9], que "os trabalhadores não abandonam o direito à sua vida privada e à protecção dos dados, cada manhã, ao atravessarem a soleira do seu posto de trabalho. Eles esperam - legitimamente - um certo grau de respeito da vida privada no seu lugar de trabalho, porque é aí que eles desenvolvem uma parte importante das suas relações com outras pessoas. Este direito deve, no entanto, ser equilibrado com outros direitos e interesses legítimos do empregador, nomeadamente o seu direito de gerir de forma eficaz a sua empresa de acordo com certos padrões, e sobretudo, o seu direito de se proteger da responsabilidade ou do prejuízo que as acções dos trabalhadores podem suscitar. Estes direitos e interesses são os motivos legítimos que podem justificar medidas apropriadas que visam limitar o direito à vida privada dos trabalhadores".

Impõe-se, por isso, que o trabalhador seja visto, desde logo, como um cidadão a quem a lei reconhece a titularidade de direitos fundamentais[10] e que não pode ser privado desses direitos só pelo facto de celebrar um contrato de trabalho. O Tribunal Constitucional espanhol[11] desenvolve esta ideia quando refere que "a celebração de um contrato de trabalho não implica, de modo algum, a privação para uma das partes, o trabalhador, dos direitos que a Constituição lhe reconhece como cidadão, pois nem as organizações empresariais estão inseridos em mundos separados e estanques do resto da sociedade nem a liberdade de empresa prevista no artigo 38.º do texto constitucional legitima que aqueles que prestam serviços naquelas por conta e na dependência dos seus titulares devam suportar esbulhos transitórios ou limitações injustificadas dos seus direitos fundamentais".

Quando a relação de trabalho se vê confrontada com a utilização das novas tecnologias e com o tratamento de dados pessoais do trabalhador, os contornos da subordinação jurídica têm que ser moldados com as exigências legais atinentes ao regime de protecção de dados, com particular incidência, nomeadamente, para os princípios da transparência, do direito de informação e acesso, boa-fé e lealdade, adequação e pertinência e, porque não, com o direito de oposição consignado no artigo 12.º al. a) da Lei 67/98, de 26 de Outubro[12].

3. Por isso, o nosso legislador tem, ainda, um longo caminho a percorrer. O Código do Trabalho apresenta alguns avanços em matéria de defesa do trabalhador contra intromissões desnecessárias e injustificadas da entidade empregadora, embora com disposições demasiado genéricas que mereceriam uma melhor explicitação.

É verdade que, especialmente ao nível dos direitos de personalidade, o legislador veio introduzir disposições que se saúdam e apresentam um carácter inovador em relação à legislação laboral actualmente vigente. Porém, a questão que fica em aberto é a de saber se estes princípios não resultavam já dos preceitos constitucionais (artigo 26.º) e do Código Civil (artigos 70.º e ss.).

Por exemplo, não devemos ter ilusões acerca do efectivo exercício dos princípios consagrados no artigo 15.º do Código do Trabalho, tanto mais que a liberdade de expressão e de divulgação do pensamento estão condicionados ao que for ditado pelo "normal funcionamento da empresa". Saber em que consiste e quando foi comprometido este "normal funcionamento da empresa" é tarefa que fica, obviamente, a cargo do empregador e, na prática, esta ideia de "pluralismo" está sempre condicionada à relação de forças que se debatem no seio da empresa, onde o capital e o trabalho se defrontam em condições de desigualdade, sem que, neste domínio, a legislação se tenha preocupado com compensação do desequilíbrio que afecta a posição do trabalhador.

O projecto de Código do Trabalho podia ter ido muito mais longe na regulação de alguns aspectos em que as novas tecnologias fazem parte integrante da prestação de trabalho (v.g. prevendo a possibilidade e condições de utilização de dados biométricos para controlo de trabalhadores, o eventual controlo e a utilização de telefones fixos, móveis ou da Internet no local de trabalho).

A falta de regulamentação legal de algumas tecnologias para controlo dos trabalhadores - v.g. o controlo de chamadas telefónicas, da navegação na Internet ou a utilização de dados biométricos - coloca a CNPD numa posição incómoda e complexa[13]. Pensamos que o Código do Trabalho pode ainda regular com maior detalhe, e de forma expressa, os

aspectos que enunciámos, fixando princípios orientadores que permitam à CNPD neles fundamentar, com maior rigor, as formas, os meios, o âmbito e alcance do controlo sobre os trabalhadores. Porque estamos no domínio de direitos, liberdades e garantias, entendemos que essa seria a melhor solução para acautelar o perigo - que pode ser real - de uma entidade administrativa, por mais cuidadosa que seja em relação à utilização dos seus poderes de autoridade e esforçada na fixação da justa medida dos meios de controlo propostos por uma entidade empregadora, poder, num caso concreto, estar equivocada em relação à avaliação que faz, exactamente, pela inexistência de parâmetros legais quanto à utilização das novas tecnologias.

O Código de Trabalho, com exclusão dos aspectos relativos ao tratamento de dados relativos a candidatos a emprego (artigo 17.º, 19.º e 22.º), fica muito longe do que seria desejável e possível, dando um contributo muito tímido, manifestamente insuficiente, em relação à regulação da utilização das novas tecnologias no posto de trabalho.

Para ilustrar o que acabámos de referir vejamos alguns exemplos:

- O Código limita-se, no artigo 21.º n.º 2, a conferir ao empregador o poder de "estabelecer regras de utilização dos meios de comunicação da empresa", sem estabelecer qualquer critério a observar, salvo em relação ao correio electrónico (no n.º 1). A verdade é que, sendo problemático o controlo da utilização do telefone para fins privados[14], o Código mantém uma disposição - que já constava da LCT (artigo 95.º alínea e) - que reconhece ao empregador o direito de descontar no salário do trabalhador a "utilização de telefones", agora com a agravante de lhe conferir o direito de "estabelecer as regras da utilização dos meios de comunicação". Esta formulação veio colocar interrogações acrescidas ao papel da CNPD na delimitação do tratamento/controlo dos dados relativos ao tráfego telefónico. O mesmo se pode dizer em relação à utilização da Internet, matéria em relação à qual nos parece delicado e problemático deixar ao critério do empregador a faculdade de "estabelecer regras".

- É totalmente omissa em relação à possibilidade de utilização ou não de sistemas biométricos para gestão de assiduidade, como instrumento para assegurar o registo do número de horas de trabalho (artigo 162.º) ou registo do trabalho suplementar (artigo 204.º). Mas, em relação ao trabalho suplementar, e apresentando um desvio em relação ao regime anteriormente estabelecido pelo DL 421/83, de 2 de Dezembro[15], obriga sempre o trabalhador a visar, imediatamente a seguir à prestação, o registo de horas de trabalho suplementar. A dúvida que fica é a de saber se, em função da supressão de qualquer referência probatória aos sistemas automatizados de controlo, se pretende limitar a utilização de sistemas automatizados de registo da prestação de trabalho em face de uma maior intrusão inerente à utilização dos sistemas biométricos.

-A consagração de certos direitos fundamentais vem normalmente acompanhada de excepções que, nalguns casos, dada a imprecisão e subjectividade dos seus contornos, muitas vezes definidos pela entidade empregadora, comprometem a possibilidade de delimitar com rigor, numa violação dos princípios consignados no artigo 18.º n.º 2 da CRP, a "medida" de limitação dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores: a liberdade de expressão é limitada pela salvaguarda do "normal funcionamento da empresa" (artigo 15.º); a reserva quanto ao fornecimento de informações sobre a vida privada é limitada por exigências inerentes à "avaliação da aptidão" (artigo 17.º n.º 1); a reserva quanto ao fornecimento de informação sobre o estado de saúde e gravidez cede

perante "exigências inerentes à natureza da actividade profissional" (artigo 17.º n.º 2); a protecção contra a utilização de meios de vigilância é lícita se se verificarem os requisitos do n.º 2 do artigo 20.º; a proibição contra discriminações não se aplica quando o factor de discriminação se apresentar como "justificável" e "determinante para o exercício da actividade profissional (artigo 23.º n.º 2).

III. Informações sobre a vida privada e relativas à saúde do candidato a emprego e do trabalhador. Realização de testes e exames médicos

1. A Lei do Contrato de Trabalho e a legislação laboral avulsa não continham, contrariamente ao que acontece no direito comparado, disposições orientadoras expressas sobre os pressupostos que deviam nortear a recolha de dados para efeitos de contratação de pessoal. Não admira, por isso, que alguns impressos de recolha de dados para fins de emprego façam autênticos "interrogatórios" a candidatos a emprego, indo ao ponto de indagar sobre aspectos da sua vida privada e familiar.

Deve reconhecer-se que o projecto de Código do Trabalho tem disposições detalhadas sobre a recolha de informação junto dos candidatos a emprego, algumas delas compatíveis com as disposições de protecção de dados. Em especial, os princípios determinantes e que fundamentam a recolha de dados serão o da "necessidade" e da "proporcionalidade". Ou seja, na linha do que dispõe o direito italiano[16], o empregador só poderá solicitar os dados sobre a vida privada que "sejam estritamente necessários e relevantes para avaliar a respectiva aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho" (cf. artigo 17.º n.º 1 do Código do Trabalho).

Entendemos, porém, que este princípio é redutor na medida em que - conforme resulta dos princípios da adequação e pertinência (artigo 5.º n.º 1 al. c) da Lei 67/98) - também em relação a outros dados pessoais, não integrados no conceito de vida privada, o empregador se deve limitar a coligir as informações estritamente necessários para aferir a aptidão do trabalhador para o cargo a prover. Neste contexto, a Comissão já considerou[17] que os dados relativos ao "nome e profissão do cônjuge, número de filhos e idades, situação de contribuinte, incluindo a existência de dependentes ou de cônjuge deficientes, e referências da conta bancária, serão excessivos quando está em causa a admissão a um emprego. Serão necessários - e apenas em parte - para quem já tem uma relação laboral constituída".

O artigo 17.º n.º 2, para além de admitir, numa formulação bastante genérica, excepções à não vinculação do trabalhador a fornecer informações sobre o seu estado de saúde - quando verificadas "particulares exigências inerentes à natureza da actividade profissional" - deixa essa decisão "nas mãos" da entidade empregadora, sem que haja qualquer referência a uma "intervenção médica" ou enquadramento do pedido no âmbito dos serviços de higiene e saúde no trabalho. Se atentarmos ao teor do Acórdão do Tribunal Constitucional de 25 de Setembro de 2002[18] podemos interrogar-nos se esta indagação sobre o estado de saúde (e, mesmo sobre a gravidez), a coberto de um fundamento impreciso - as "particulares exigências inerentes à natureza da actividade profissional" - e sem qualquer conexão com a preservação da "saúde dos trabalhadores", não estará a contribuir para institucionalizar uma "sistemática e global devassa da reserva da vida privada, constitucionalmente censurável".

Aliás, se compararmos a formulação do artigo 17.º n.º 2 com o artigo 19.º n.º 3 confirma-se essa diferença de regimes, sendo claro que os testes e exames médicos só podem ser feitos por ordem e direcção do médico e que será - por princípio - inacessível o resultado

dos mesmos à entidade empregadora. O mesmo princípio não foi consignado em relação à revelação de informações sobre a "vida privada" (artigo 17.º n.º 1) e sobre a "saúde e gravidez" (artigo 17.º n.º 2). Impõe-se que seja feita uma clarificação no sentido de que a solicitação "por escrito" e "a respectiva fundamentação" sejam subscritas por médico e que, tal como acontece com o n.º 3 do artigo 19.º, ao empregador só seja revelada a aptidão ou inaptidão para o cargo.

Se assim não for cria-se um grave precedente, violador de princípios enraizados na nossa tradição jurídica laboral[19], em relação à possibilidade de acesso por parte da entidade empregadora aos dados da vida privada e, particularmente, sobre o estado de saúde do trabalhador.

Caso não seja feita esta precisão, entendemos que as disposições do artigo 17.º n.º 1 e 2 do Código contrariam os artigos 26.º e 18.º n.º 2 da Constituição da República por a limitação da intimidade da vida privada dos trabalhadores se revelar excessiva, não adequada, desproporcionada e desnecessária[20], traduzindo-se numa efectiva aniquilação de um direito fundamental sem se atender aos princípios da "mútua compressão" que deve nortear a harmonização de direitos fundamentais. Como ensina Vieira de Andrade[21], "não pode ignorar-se que nos casos de conflito, a Constituição protege diversos valores ou bens em jogo e que não será lícito sacrificar pura e simplesmente um deles ao outro". Adianta este autor que "a medida em que se vai comprimir cada um dos direitos (ou valores) pode ser diferente, dependendo do modo como se apresentam e das alternativas possíveis de solução de conflito". Ora, é evidente que, no caso em apreço, a entidade empregadora não precisa de conhecer os dados - nomeadamente aqueles que se referem à saúde ou à vida privada - bastando que o médico se pronuncie no sentido de que o trabalhador está apto a desempenhar as funções a que se candidata. Só o médico está em condições de, em função do estado de saúde, aferir a aptidão e capacidade do trabalhador (ou candidato) para desempenhar a actividade profissional.

Quando o legislador pretende disciplinar e dar execução a preceitos constitucionais actua no contexto de um "poder vinculado" que, segundo Vieira de Andrade, lhe permite optar por várias soluções; "mas não lhe é possível afectar ou modificar o conteúdo do direito fundamental, sob pena de ser inverter a ordem constitucional das coisas" (pág. 229).

As leis restritivas têm que cumprir os requisitos indicados no artigo 18.º n.º 2 e 3 da CRP. No caso em apreço verifica-se que existe uma dupla violação: as restrições impostas aos direitos fundamentais dos trabalhadores ultrapassam em muito o que é estritamente necessário para salvaguardar os direitos da entidade empregadora e, por isso, a solução encontrada consubstancia uma diminuição, injustificada, da extensão e alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais. Daí que possa ser questionada, caso não sejam introduzidas as alterações propostas, a constitucionalidade do artigo 17.º, n.º 1 e 2.

2. Os mesmos princípios devem ser aplicados em relação à previsão da parte final do artigo 19.º n.º 3 quando se prevê a possibilidade de o médico responsável pelos testes ou exames médicos poder comunicar os dados do trabalhador ao empregador quando obtiver "autorização escrita deste". Num domínio em que o princípio da proporcionalidade é determinante para ponderar os poderes da entidade empregadora e a limitação dos direitos dos trabalhadores, seria desejável que - para compensar a situação de inferioridade em que se encontra o trabalhador - a lei tivesse estabelecido os princípios mínimos de protecção para prevenir intrusões indevidas e indesejáveis que afectem os direitos de

personalidade dos trabalhadores. A posição em que o trabalhador se encontra é um bom exemplo da falta de liberdade de decisão, razão pela qual se justifica que a lei afaste qualquer dúvida que se possa colocar neste domínio. Em face do poder de autoridade que caracteriza o contrato de trabalho e da posição de subordinação em que se encontra o trabalhador tem entendido a jurisprudência, de forma pacífica, que a renúncia a certos direitos na vigência do contrato de trabalho se caracteriza por uma "vontade não inteiramente livre, na medida em que pode, de algum modo, ser determinada por imposição da parte detentora do referido poder"[22]. Para a jurisprudência o trabalhador, na vigência do contrato de trabalho, "encontra-se dominado pela relação de subordinação, não dispondo do exercício pleno da sua liberdade de decidir, pelo menos psicologicamente".

Em face do exposto, entendemos que deveria ser eliminada qualquer possibilidade de a entidade empregadora ter acesso a dados relativos a testes ou exames médicos, não se apresentando a autorização escrita do trabalhador como um "consentimento livre".

3. Entendemos que o artigo 17.º n.º 3 deveria consignar a possibilidade de o trabalhador, nas condições estabelecidas no artigo 12.º alínea b) da Lei 67/98, solicitar a eliminação de alguns dos seus dados, não se limitando os poderes de "controlo dos respectivos dados pessoais" ao direito "conhecimento", "rectificação" e "actualização".

4. O artigo 19.º n.º 1 estabelece algumas situações em que, fora do contexto da legislação relativa a segurança, higiene e saúde no trabalho, pode ser solicitada a "realização" ou "apresentação" de testes e exames médicos a candidatos a emprego ou aos trabalhadores:

- Sempre que "tenham por finalidade a protecção e segurança do trabalhador ou de terceiros";

- "Quando particulares exigências inerentes à actividade o justifiquem".

Desde logo, não se vislumbra que haja razões suficientes para fazer estes exames fora do âmbito das competências dos serviços de medicina do trabalho. Efectivamente, se consultarmos as disposições sobre as medidas a adoptar pelo empregador em sede de medicina do trabalho (artigos 267.º e 270.º) verificamos que as "finalidades de protecção e segurança do trabalhador ou de terceiros" e as "particulares exigências inerentes à actividade" estão subjacentes, nomeadamente, às previsões do artigo 267.º n.º 2 al. c) e artigo 270.º alíneas b), e) e i).

Na previsão relativa à realização de testes ou exames para protecção da segurança do trabalhador ou de terceiros pode enquadrar-se, nomeadamente, a despistagem de consumo de álcool ou droga.

Podendo o estado de embriaguez, alcoolismo ou toxicodependência determinar a "privação permanente ou accidental do uso da razão do sinistrado", será de admitir que, em algumas circunstâncias, tal estado se apresente com relevância possível à descaracterização de um acidente de trabalho (cf. art. 7.º da Lei 100/97, de 13 de Setembro)[23].

Por isso, justifica-se que a entidade empregadora tenha cuidados especiais, em matéria de prevenção de acidentes de trabalho, cabendo aos serviços de higiene e medicina do trabalho fazer um acompanhamento integrado do trabalhador[24]. Para além da protecção do trabalhador está em causa, também, a protecção de terceiros (beneficiários da prestação do trabalhador ou colegas de trabalho), que podem ver atingida a sua

integridade física ou, até, a sua própria vida, em resultado de uma falta de cuidado ou falta de discernimento ocasional do trabalhador.

Nestas circunstâncias parece-nos ser legítimo submeter o trabalhador aos exames necessários no âmbito da alcoolémia ou consumo de droga, especialmente quando se perspectivem riscos para o trabalhador ou para terceiros[25].

O Supremo Tribunal de Justiça, que foi chamado a pronunciar-se sobre a questão de saber se uma ordem da entidade empregadora de sujeição de trabalhador a testes de alcoolémia estava de acordo com os princípios constitucionais, considerou que essa ordem era legítima e que não violava a Constituição. Foi, ainda, mais longe e considerou que a imposição da obrigatoriedade de submissão dos trabalhadores a testes de alcoolémia, através do regulamento interno, está abrangida pelo seu poder directivo e regulamentar. A recusa do trabalhador em submeter-se ao exame viola o dever de obediência e constitui justa causa de despedimento[26].

Os nossos tribunais têm entendido, de forma pacífica, que o facto de existirem interesses e valores dignos de protecção social (v.g. a segurança rodoviária ou a prevenção de acidentes de trabalho) justifica uma certa compressão de direitos do trabalhador. Daí que admitam como legítima a realização de testes de alcoolémia. Pela mesma ordem de fundamentos, não vemos que a solução possa ser diferente em relação a exames para detecção de drogas.

No domínio rodoviário o Tribunal Constitucional[27] teve oportunidade de considerar que "a submissão do condutor ao teste de detecção de álcool não viola o dever de respeito pela dignidade da pessoa do condutor, nem o seu direito ao bom nome e à reputação, nem o direito que ele tem à reserva da intimidade da vida privada".

Em relação aos exames no âmbito da medicina do trabalho o Acórdão do Tribunal Constitucional de 23/9/2002 (loc. cit. pág. 17788) é claro ao consignar que o trabalhador não pode deixar de se sujeitar a tais exames, nomeadamente quando o seu comportamento pode representar um risco para terceiros: por exemplo, "para minimizar os riscos de acidentes de trabalho de que outros trabalhadores ou o público possam vir a ser vítimas, em função de deficiente prestação por motivo de doença no exercício de uma actividade perigosa, ou para evitar situações de contágio para os restantes trabalhadores ou para terceiros, propiciados pelo exercício da actividade profissional do trabalhador". O TC concluiu, assim, que se impõe "a obrigatoriedade dessa sujeição se não revele, pela natureza e finalidade do exame de saúde, como abusiva, discriminatória ou arbitrária".

Em face dos poderes conferidos à entidade empregadora, em sede de medicina do trabalho, tenderemos a admitir que esta, exclusivamente através destes serviços, poderá realizar os exames necessários ao trabalhador[28]. O direito à privacidade não é absoluto e a liberdade individual pode ser limitada se estiver em causa a protecção da saúde pública ou a segurança do próprio e, especialmente, de terceiros. Fazendo apelo à previsão que considera poderem ser feitos estes exames em função de certas actividades, tenderemos a considerar que existem actividades em que estes exames se justificam: condutores em transporte ferroviário, rodoviário, marítimo, pilotos, controladores de tráfego aéreo, condutores de máquinas...

Em face dos princípios e orientações constantes da jurisprudência do Tribunal

Constitucional é fundamental que os serviços de medicina de trabalho exerçam as suas funções com discrição, respeito pela dignidade do trabalhador e sem discriminação, cumprindo a obrigação de sigilo a que estão vinculados[29].

Concluímos, por isso, que a realização de exames fora do contexto dos serviços de medicina do trabalho apresenta um grande perigo de proliferação de tratamentos de dados de saúde e da vida privada dos trabalhadores, com riscos acrescidos de exames "coercivos" desenquadrados de uma prevenção integrada de promoção e vigilância da saúde do trabalhador. Por outro lado, há um risco acrescido de interconexão de tratamentos tendentes a integrar "informação exaustiva" sobre o estado de saúde do trabalhador, na medida em que não está regulada a relação de interdependência entre os médicos referidos no artigo 19.º n.º 3 e os médicos do trabalho.

IV. Meios de vigilância à distância

1. Em relação aos "meios de vigilância à distância" saúda-se o teor do artigo 20.º n.º 1 pela função clarificadora que vem introduzir no nosso ordenamento jurídico, na medida em que já algumas vezes a questão da utilização das novas tecnologias para controlo do desempenho profissional tinha sido suscitada junto da CNPD.

A redacção do n.º 2 do artigo 20.º prevê duas realidades distintas:

a) Admite a utilização de "sistemas de controlo" (vg. de videovigilância) quando razões "inerentes à natureza da actividade o justifiquem". Será o caso em que, por razões de eficácia do sistema de segurança, se recorre a estes meios para poder vigiar determinado tipo instalações quer para protecção contra a intrusão de terceiros como protecção dos próprios trabalhadores[30];

b) Considera lícita a utilização de "meios de vigilância à distância" sempre que os mesmos "tenham por finalidade a protecção e segurança de pessoas e bens".

2. É a possibilidade de utilização de meios de vigilância à distância com o objectivo de assegurar a "protecção e segurança de pessoas e bens" que suscita algumas interrogações e o texto proposto deveria ser ponderado em conformidade com a doutrina do Acórdão do Tribunal Constitucional de 12 de Junho de 2002[31]. Esta problemática tem estreita relação com a intervenção da CNPD e com a aplicação da Lei 67/98, devendo estes tratamentos ser-lhe notificados, nos termos do artigo 27.º n.º 1.

Neste acórdão o Tribunal Constitucional caracterizou, com rigor, as implicações da recolha de som e imagem, através de equipamentos electrónicos de vigilância e controlo, na esfera das pessoas. Citando Paulo Mota Pinto, considerou que "a permissão da utilização dos referidos equipamentos constitui uma limitação ou uma restrição do direito à reserva da intimidade da vida privada, consignada no artigo 26.º n.º 1 da CRP". Acrescentou que as tarefas de definição das regras e a apreciação dos aspectos relativos à videovigilância constituem "matéria atinente a direitos liberdades e garantias".

É patente que os meios utilizados e o respectivo tratamento implicam, necessariamente, algumas restrições em relação ao direito à imagem[32], à liberdade de movimentos, integrando esses dados, por isso, informação relativa à vida privada[33].

Em face da declaração de inconstitucionalidade das normas do artigo 12.º n.º 1 e 2 do DL 231/98, de 22 de Julho, não podemos deixar de manifestar a nossa perplexidade pela

forma genérica como se legitima a utilização de "meios de vigilância electrónica", sem a mínima ponderação dos interesses em presença: a segurança de pessoas e bens e a reserva da intimidade da vida privada (direito à imagem/liberdade de movimentos). Por outro lado, não deixa de ser anómalo que seja o Código de Trabalho, de uma forma tão abrangente e desenquadrada de qualquer contexto (lembra-se que o DL 231/98 só admitia a recolha de imagens e som a "sociedades de segurança privada" ou no âmbito de "serviços de autoprotecção"), a legitimar a utilização de meios de vigilância à distância. Ou seja, basta agora que qualquer entidade alegue que esses meios se destinam à "protecção de pessoas e bens" para ser lícita a utilização daqueles meios.

Não houve o mínimo cuidado em regular aspectos como o "direito de acesso", o tempo de conservação, a forma como deve ser assegurado o direito de informação a outras pessoas que frequentam o estabelecimento mas não são trabalhadores, se existem situações em que o titular se pode opor ao tratamento de dados por razões ponderosas e legítimas, que tipo de acesso pode ter o responsável às imagens recolhidas e para que finalidades.

Por isso, entendemos que a Assembleia da República deveria - em termos gerais - legislar sobre a matéria de videovigilância, regulamentando os aspectos enunciados, sendo desejável que o Código do Trabalho fizesse a remissão para o regime geral estabelecido. A reflexão que aqui deixamos é se a Assembleia da República considera que a formulação do artigo 20.º n.º 2 não dá origem a uma proliferação de sistemas de videovigilância, sem controlo e sem aplicação dos princípios da proporcionalidade, necessidade, adequação e pertinência.

Será que a simples invocação da necessidade de assegurar a "protecção e segurança de pessoas e bens" é suficiente para legitimar o tratamento?

V. Igualdade e não discriminação

1. As afirmações de princípio contidas nos artigos 22.º e 23.º n.º 1 do Código não suscitam qualquer objecção ou comentário particular[34].

Deve dizer-se que não é a apreciação em si das situações de discriminação que se integra no âmbito das competências da CNPD. Porém, a realização de discriminações é precedida da recolha e tratamento de dados que vão originar discriminações. Efectivamente, quer na fase da contratação quer na vigência do contrato, são coligidos dados pessoais que podem ser susceptíveis de gerar discriminação. O artigo 7.º n.º 2 da Lei 67/98 atribui à CNPD um particular dever de assegurar que o tratamento de dados não apresente riscos de discriminação dos titulares dos dados.

2. Em relação à discriminação em função do sexo (regulado de forma mais detalhada no artigo 27.º e seguintes) não temos objecções particulares a evidenciar. Porém, afigura-se-nos que devem ser aqui deixadas duas notas:

a) O artigo 30.º não parece limitar-se à previsão de situações de discriminação em função do sexo mas, de forma mais abrangente, a integrar situações de trabalhos proibidos ou condicionados por "razões de ordem genética". Também não integrará a utilização de "informação genética". Tudo indica que se aponta para legislação que condiciona certos trabalhos de mulheres ou no período da gravidez (hoje regulado pelas Portarias 186/73, de 13 de Março, e 229/96, de 26 de Junho);

b) Para apreciar e sancionar as situações de possível discriminação em função do sexo, o artigo 6.º da Lei 105/97, de 13 de Setembro, obriga hoje as entidades empregadoras, públicas e privadas, a manter, disponíveis por um prazo de 5 anos os registos[35] de todos os recrutamentos feitos, donde constem, por sexos, alguns elementos que permitam realizar o controlo. Esta previsão não foi integrada no projecto, mas admitimos que possa vir a ser a considerada na "legislação complementar" a que se refere o artigo 32.º.

VI. Discriminação em função do "património genético"

1. Se as previsões dos artigos 22.º e 23.º n.º 1 não oferecem comentários especiais, porque se limitam a formular princípios gerais de não discriminação que merecem a nossa concordância, já o artigo 23.º n.º 2 apresenta riscos de discriminação para os trabalhadores na medida em que, mais uma vez, se admite uma excepção que é de difícil concretização face à subjectividade e imprecisão dos conceitos utilizados - "requisito justificável" e "determinante para o exercício da actividade profissional" - e que é susceptível de envolver uma grande margem de discricionariedade do empresário, sem que tivesse havido o cuidado de submeter essa decisão ao controlo de uma entidade independente ou, mesmo, de um médico do trabalho.

Mesmo em relação àquelas situações em que, em função da actividade profissional a desenvolver, se pode apresentar como "justificável" o tratamento de certos dados pessoais do trabalhador (vg. etnia, religião, convicções políticas ou ideológicas) pensamos que o legislador deveria ter estabelecido garantias adequadas no que diz respeito ao tratamento da informação ou, mesmo, proibir o registo informático destes dados. Deste modo se impediria o acesso indevido por terceiros não autorizados. Fica por saber se, na prática, os mecanismos previstos no n.º 3 do artigo 23.º não conduzirão à divulgação - contra a vontade dos interessados (terceiros em relação ao trabalhador que alega estar a ser discriminado) - de dados pessoalíssimos que o visado tem o direito de guardar para si ou de sobre eles manter um controlo em termos de acesso por parte de terceiros (cf. artigo 17.º n.º 3).

2. As grandes interrogações em sede de discriminação do património genético prendem-se, de um lado, com o alcance do artigo 22.º n.º 2 quando confrontado com o artigo 19.º n.º 1 e, por outro lado, com o alcance da excepção do artigo 23.º n.º 2 quando está em causa um juízo de "justificação" para o exercício de certa actividade baseada em diferenças relativas ao "património genético".

Muito embora a possibilidade de conhecimento das características genéticas seja determinada em função da actividade profissional a desenvolver e se imponha que o objectivo seja "legítimo" e o "requisito proporcional", não podemos deixar de reconhecer que a decisão da entidade empregadora susceptível de discriminação terá como pressuposto o prévio conhecimento do património genético do trabalhador. Ora, esse conhecimento só pode advir da informação do candidato (17.º n.º 1 e 3), bem como da sujeição do candidato ou trabalhador a testes ou exames médicos (artigo 19.º n.º 1).

O âmbito e alcance destes preceitos é determinante para a definição da legitimidade do tratamento de dados genéticos na medida uma das condições estabelecidas no artigo 7.º n.º 2 da Lei 67/98 é a existência de uma "disposição legal".

3. Está hoje na ordem do dia, no domínio laboral, a discussão sobre a utilização de testes genéticos com objectivos diversos[36] e, prevalentemente, para determinar, com antecedência, a predisposição de um trabalhador para ser afectado por determinados factores laborais ou para vir a contrair certo tipo de doenças. Através da análise do

genoma podem obter-se dados acerca da "capacidade física, mental ou estado de saúde dos candidatos a um emprego ou sobre o colectivo dos trabalhadores de uma empresa. Pode ter-se conhecimento de quais são as enfermidades futuras que pode sofrer um candidato a um emprego"[37].

Para além de ser pacífico que as colheitas devem respeitar os princípios da "inviolabilidade" e "indisponibilidade" do corpo humano, importa não perder de vista que o artigo 26.º n.º 3 da Constituição consigna que a lei deve garantir a "dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica". Na linha deste pensamento, as partes signatárias da Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina[38] comprometeram-se a proteger o seu humano "na sua dignidade e na sua identidade" e a garantir "a toda a pessoa, sem discriminação, o respeito pela sua integridade e pelos seus outros direitos e liberdades fundamentais face às aplicações da biologia e da medicina" (artigo 1.º). Como refere João Zenha Martins[39], a consagração constitucional da reserva da intimidade da vida privada, no sentido de preservação do património genético e de impossibilidade da sua devassa, vale sem lei e contra lei. Trata-se, por isso, de um direito, ao contrário de outros direitos (que carecem de intervenção legislativa densificadora que torne a sua aplicação efectiva) que goza de uma normatividade qualificada, de uma operatividade imediata".

Uma particularidade extremamente relevante - e da qual se têm de tirar consequências em relação aos aspectos do tratamento da informação - tem a ver com o facto de os dados registados assumirem uma natureza "colectiva" ou, mesmo, "universal"[40]: "se a informação genética tem, a priori, um carácter individual na medida em que define a originalidade e a identidade de cada ser humano, ele tem também, paralelamente, um carácter "colectivo" ou "universal", na medida em que faz parte de um património genético comum à humanidade, porque constitui sempre um elemento de pesquisa epidemiológica, e "familiar", considerando de um lado as similitudes do genoma na mesma família (ascendentes e parentes) e por outro a sua transmissão hereditária (descendência)".

Estas especificidades têm reflexos jurídicos decisivos em sede de protecção da confidencialidade e da protecção da privacidade e não podem ser negligenciados em sede de tratamento de dados laborais, razão pela qual se deve questionar em que medida é relevante o conhecimento, por uma entidade empregadora, de dados pessoais sobre as características do genoma de uma família.

A Assembleia da República, ciente da temática do genoma humano e da necessidade de defesa e salvaguarda da informação genética pessoal defendeu, em Junho de 2001, que deveria ser feito um amplo debate no seio da comunidade científica, o qual deveria ser alargado ao maior número de cidadãos possível. Em duas Resoluções, publicadas no Diário da República (I.ª Série de 12 de Julho de 2001, pág. 4239 e 4240), alinhou os princípios fundamentais que deveriam ser consagrados para defesa e salvaguarda da dignidade pessoal e da identidade genética do ser humano.

Da Resolução n.º 47/2001, aprovada no Parlamento em 12 de Junho de 2001, salientaremos os seguintes princípios colocados à reflexão da comunidade:

a) Proibição de todas as formas de discriminação contra uma pessoa em virtude do seu património genético (ponto 2 al. b);

b) Proibição de testes preditivos de doenças genéticas ou que permitam quer a identificação do indivíduo como portador de um gene responsável por uma doença quer a detecção de uma predisposição ou de uma susceptibilidade genética a uma doença, salvo para fins médicos ou de investigação médica e sem prejuízo de um aconselhamento genético apropriado (ponto 2 al. f);

c) Proibição de utilização de qualquer informação genética por parte de quaisquer entidades públicas, privadas ou do sector social para efeitos de selecção adversa no que respeita ao exercício do direito ao trabalho, do direito de acesso a prestações sociais e do direito de celebração de contrato de seguro (ponto 2 al. g);

A Resolução 48/2001 recomendou ao Governo a adopção de princípios em relação à defesa e salvaguarda da informação genética e pessoal. De entre as diversas recomendações evidenciamos as seguintes:

I. Garantia de confidencialidade, de direito à informação total e do respeito pela vida privada no que toca a informações obtidas pelos testes genéticos individuais (II);

II. A proibição expressa do requerimento ou feitura de quaisquer testes genéticos como condição ou quesito para admissão, contratação ou concessão de benefícios por parte de todas as entidades empregadoras públicas ou privadas, das instituições de ensino, das Forças Armadas e outras a considerar (V);

III. A proibição de todas as entidades empregadoras públicas ou privadas de uso de informação genética pessoal com qualquer fim não expressamente consentido pelo próprio detentor e, designadamente, para discriminar, limitar, segregar ou classificar os seus trabalhadores (VI).

A Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, já referida, começa por consagrar a proibição de discriminação contra uma pessoa em função do seu património genético (artigo 11.º). O artigo 12.º proíbe a realização de "testes predictivos de doenças genéticas ou que permitam quer a identificação do indivíduo como portador de um gene responsável por uma doença quer a detecção de uma predisposição ou de uma susceptibilidade genética a uma doença, salvo para fins médicos ou de investigação científica e sem prejuízo de um aconselhamento genético apropriado".

4. Na relação de trabalho a obtenção de informação genética pode ser equacionada em dois tipos de situações: no momento da contratação de pessoal e no decurso da relação de trabalho. O legislador manteve-se fiel a estes dois momentos, estabelecendo um princípio geral de direito à igualdade no acesso ao emprego e no trabalho (artigo 22.º n.º 2) e consignando - no artigo 23.º - disposições expressas em relação aos trabalhadores (não aplicável, portanto, a candidatos a emprego). Por princípio, estão em causa dois objectivos distintos:

(a) A realização de despistagem genética para, numa lógica de rentabilidade económica e ponderação do risco, delimitar as características genéticas do candidato e detectar a existência de marcadores hereditários ou predisposições patológicas para contrair certas doenças ou vir a padecer de certa incapacidade[41];

(b) A realização de exames de controlo - numa perspectiva de protecção da saúde do

trabalhador ou de terceiros - direccionados para a avaliação do impacto do ambiente profissional no património genético do trabalhador[42].

5. Na linha do que dispõe a Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina, e salvo nos casos em que estão em causa objectivos de investigação científica, a genética deve ser colocada ao serviço do candidato. Não se pode afirmar que este aspecto tenha sido considerado - pelo menos de forma dominante - no projecto.

Pelo contrário, os testes e as razões que estão subjacentes à sua realização - na medida em que podem levar à exclusão do candidato e à sua colocação numa situação de desemprego com base em circunstâncias ambientais que podem potenciar, não se sabe quando, determinadas patologias - são susceptíveis de gerar discriminação, colocando estas pessoas numa situação de exclusão do mercado de trabalho, facto que reputamos violador do artigo 58.º n.º 1 da CRP, quando confrontado com o artigo 26.º n.º 3[43]. Efectivamente, não podendo dizer-se que o preceito constitucional garante um "direito subjectivo" à obtenção efectiva de um posto de trabalho específico, devemos reconhecer que é contrária à Constituição a adopção de mecanismos que contribuam para evidenciar situações de discriminação e subverter o princípio da igualdade de oportunidades, nomeadamente quando não estão minimamente fundamentadas na defesa de interesses dos candidatos.

Lembra-se que tem sido reconhecido, de forma pacífica, que o recurso a programas de despistagem genética devem ter como preocupação fundamental a salvaguarda contra qualquer discriminação[44]. Acresce, por outro lado, que a possibilidade da realização destes testes, fundamentada, exclusivamente, num interesse de cariz económico que favorece o empregador (v.g. não contratação de pessoas que possam vir a contrair certas doenças ou apostar na diminuição do absentismo motivado por doença) é suficiente para comprometer a protecção da dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, valores com tutela constitucional. Em termos de balanceamento de direitos fundamentais - autonomia e iniciativa económica privada versus protecção da intimidade da vida privada - pensamos que o princípio da proporcionalidade determina, nesta fase, uma prevalência da intimidade da vida privada do candidato. Justifica-se esta solução na medida em que esta opção não compromete nem se apresenta como lesiva da iniciativa privada e a solução contrária contribuiria para "aniquilar" o direito à intimidade dos candidatos ao emprego, sem que haja razões jurídicas e interesses relevantes da entidade empregadora que justifiquem tamanho sacrifício.

Se no juízo de probabilidade para contrair certa doença tiverem sido considerados alguns destes factores para exclusão do candidato (v.g. a transmissão hereditária ou alguns aspectos das condições de vida) podemos estar perante uma violação do princípio da igualdade - cf. artigo 13.º da Constituição - na medida em que existe uma discriminação, geradora de prejuízo e privação de um direito fundamental (o direito ao trabalho), em razão da ascendência, território de origem ou, indirectamente, da sua situação económica ou condição social. Em face do disposto no artigo 26.º e 13.º da Constituição da República não se vislumbra que possa haver uma diferenciação de regimes e de protecção em relação aos trabalhadores que aleguem discriminação em função do seu património genético e aqueles que invocam discriminação em função do sexo, raça, filiação política ou religiosa.

Se atentarmos ao disposto nos artigos 17.º e 19.º será admissível, em face das excepções legalmente estabelecidas, que o empregador possa exigir que o candidato preste "informações sobre a sua vida privada" ou sobre a sua "saúde" (n.º 1 e 2 do artigo 17.º) ou submetê-lo a "testes ou exames médicos de qualquer natureza", "quando particulares

exigências inerentes à actividade o justifiquem" (n.º 1 do artigo 19.º). Esta formulação, especialmente, a do artigo 19.º parece poder legitimar a realização de testes genéticos, solução que, claramente, contraria os princípios estabelecidos no ponto 2 alínea g) da Resolução da Assembleia da República n.º 47/2001 já citada e viola, frontalmente, o artigo 12.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina, aprovada, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001[45]. Este preceito - que admite excepcionalmente a realização de testes preditivos "para fins médicos" - não permite que se amplie a excepção a fundamentos que têm a ver, exclusivamente, com razões relativas à natureza da actividade, muitas vezes desenquadradas de objectivos de protecção da saúde dos trabalhadores. Acresce, por outro lado, que o legislador não evidenciou qualquer preocupação em relação à forma de obtenção do "consentimento livre e esclarecido", exigível nos termos do artigo 5.º da Convenção.

Daqui decorre que será avisado e lógico proibir qualquer possibilidade de realização de testes genéticos a fim de preservar e defender o trabalhador do perigo de discriminação, que é efectivo, e da ânsia empresarial em contratar trabalhadores não "propensos a contraírem certas doenças", com prevalência dos interesses estritamente económicos em detrimento da sua real aptidão para o desempenho do cargo. Estando nós cientes que a realização de testes genéticos contribuirá, necessariamente, para a violação do princípio da igualdade de oportunidades, facto que se apresenta, objectivamente, como factor de discriminação, defendemos que não deve ser permitida a obtenção de informações ou realização destes testes na fase de contratação.

Por isso, consideramos que a lei deveria ser expressa e proibir de forma absoluta a realização de testes genéticos prévios à candidatura a emprego, sob pena de violação dos disposto nos artigos 13.º e 26.º da Constituição da República[46].

6. Já em relação à realização de testes genéticos no decurso da relação de trabalho, o que interessa é avaliar se será necessário ou imprescindível o recurso a este tipo de exames. A possibilidade de recurso a exames genéticos só muito remotamente pode ser admitida à luz da legislação actual relativa à segurança, higiene e saúde no trabalho na medida em que dificilmente estes exames se podem considerar abrangidos no conceito de "exames de saúde" e nas atribuições e competências dos serviços de medicina do trabalho[47]. Para que tal aconteça, torna-se necessário comprovar, de forma inequívoca e sem margem para dúvida, que o recurso aos testes genéticos será a única via para assegurar o "direito à saúde" consignado no artigo 64.º da Constituição e que a sua realização é determinada, essencialmente, por razões de protecção do trabalhador e em função de riscos advenientes do "ambiente de trabalho".

Em face da natureza extremamente sensível da informação genética a doutrina tem entendido que deverão ser estabelecidos cuidados especiais quer em relação à realização de exames, quer em relação ao tratamento de dados. Para B. M. Knoppers[48] os dados genéticos nominativos relevam no âmbito da "vida privada". Deve reconhecer-se ao sujeito o direito de "manter terceiras pessoas alheias às informações a seu respeito, particularmente porque as revelações colocariam a descoberto a sua intimidade. Os dados genéticos pessoais fazem parte do "domínio reservado", da "esfera íntima" que está na disponibilidade de cada um de subtrair ao olhar de terceiros".

Na doutrina nacional merecem particular referência as considerações expendidas por Guilherme de Oliveira[49] a propósito das peculiaridades dos dados genéticos:

"São dados clínicos mais "íntimos" que podem não ter manifestações ostensivas durante muitos anos ou podem não chegar a ter expressão fenotípica"; São dados "familiares" porque as características genéticas adquirem-se e transmitem-se hereditariamente; assim, quando se gera, ou se conhece, um dado clínico genético expõe-se mais que o indivíduo investigado ao risco da sua divulgação - na verdade toda a família fica "sob suspeita", pois sabe-se qual é o modo de transmissão do gene anómalo entre os familiares, consoante a doença de que se trata. Paula Lobato Faria[50] defende, em função da natureza e alcance do tratamento de dados, que devem ser estabelecidos "graus de confidencialidade" e que para os ficheiros de informação genética deve ser observado um nível de confidencialidade reforçado em termos "quantitativos" - por se tratar de um "registo colectivo" relativo a um elevado número de pessoas - e em termos "qualitativos" por "estarmos perante divulgação de dados relativos a predisposições, diagnósticos pré-sintomáticos ou de portadores saudáveis, de genes de doenças genéticas recessivas".

O artigo 23.º n.º 2 - norma excepcional em relação ao princípio geral de não discriminação em função do património genético contido no n.º 1 - admite a possibilidade de pesquisa de elementos do património genético quando, "em virtude da natureza das actividades profissionais em causa ou do contexto da sua execução, esse factor constitua um requisito justificável e determinante para o exercício da actividade profissional, devendo o objectivo ser legítimo e o requisito proporcional".

Este preceito é demasiado vago e permissivo, podendo dar origem a abusos por parte das entidades empregadoras e colocar em causa a autonomia e os direitos de personalidade do trabalhador. Ao não ser estabelecida qualquer possibilidade de controlo da decisão da entidade empregadora - v.g. com enquadramento da apreciação dos requisitos de proporcionalidade no âmbito dos serviços de medicina do trabalho ou mediante intervenção de uma "entidade independente" - corre-se o risco de o trabalhador ser submetido a um mecanismo coercivo de realização de exames genéticos por, simplesmente, se considerarem "justificáveis" e "determinantes" para o exercício da actividade profissional[51].

O Tribunal Constitucional foi chamado a pronunciar-se, sobre os cuidados a observar em relação aos exames no âmbito dos serviços de medicina do trabalho. Depois de reconhecer que é inquestionável a realização de alguns exames no contexto laboral, salienta que se impõe que a obrigatoriedade desta sujeição se não deve revelar, "pela natureza e finalidade do exame de saúde, como abusiva, discricionária ou arbitrária"[52], lembrando que o médico deve "ater-se ao estritamente necessário, adequado e proporcionado à verificação de alterações na saúde do trabalhador causadas pelo exercício da sua actividade profissional e à determinação da aptidão ou inaptidão física ou psíquica do trabalhador para o exercício das funções correspondentes à respectiva categoria profissional".

Por isso, entendemos que o preceito deveria ser compatibilizado com o artigo 12.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina - que aponta para a realização de testes genéticos com "fins médicos" - prevalecendo o interesse da saúde do trabalhador e de terceiros sobre "interesses empresariais" ligados às condições de "exercício da actividade profissional". Por outro lado, a decisão relativa à necessidade de submissão aos exames genéticos, só admissível para situações muito excepcionais e devidamente fundamentadas, deve ser tomada no âmbito dos serviços de medicina do trabalho, após aconselhamento genético do trabalhador e numa base de voluntariado, com salvaguarda

de que o resultado dos exames não deverá ser comunicado, em nenhum caso, à entidade empregadora[53].

Em face do exposto, a CNPD apresenta as seguintes

CONCLUSÕES

1. Os pedidos de parecer com carácter de urgência devem assumir carácter excepcional, sob pena de serem desvirtuados os objectivos subjacentes às disposições do artigo 22.º n.º 2 e 23.º n.º 1 al. a) da Lei 67/98. A audição posterior à aprovação dos diplomas pressupõe, necessariamente, uma ponderação do conteúdo do parecer e, tal como se espera, uma nova aprovação da lei pelo órgão de soberania competente. É o que se espera venha a acontecer.

2. Porque estamos no domínio de direitos fundamentais, as várias formas de tratamento têm que ser compatibilizadas com os vários direitos das partes. Este entendimento resulta, desde logo, do disposto no artigo 18.º n.º 1 da CRP que impõe a aplicação dos preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias, consignando-se que são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. O artigo 18.º n.º 2 da Constituição assume particular relevância pois as restrições aos direitos, liberdades e garantias têm que resultar, necessariamente, da lei e as restrições devem "limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos".

3. O Código de Trabalho, com exclusão dos aspectos relativos ao tratamento de dados relativos a candidatos a emprego (artigo 17.º, 19.º e 22.º), fica muito longe do que seria desejável e possível, dando um contributo muito tímido, manifestamente insuficiente, em relação à regulação da utilização das novas tecnologias no posto de trabalho. Poderia ter estabelecido, pelo menos, critérios gerais sobre utilização de novas tecnologias (v.g. Internet, dados biométricos).

4. O artigo 17.º n.º 2, para além de admitir, numa formulação bastante genérica, excepções à não vinculação do trabalhador a fornecer informações sobre o seu estado de saúde - quando verificadas "particulares exigências inerentes à natureza da actividade profissional" - deixa essa decisão "nas mãos" da entidade empregadora, sem que haja qualquer referência a uma "intervenção médica" ou enquadramento do pedido no âmbito dos serviços de higiene e saúde no trabalho. Impõe-se que seja feita uma clarificação no sentido de que a solicitação "por escrito" e "a respectiva fundamentação" sejam subscritas por médico e que, tal como acontece com o n.º 3 do artigo 19.º, ao empregador só seja revelada a aptidão ou inaptidão para o cargo.

5. Caso não seja feita esta precisão, entendemos que as disposições do artigo 17.º n.º 1 e 2 do Código contrariam os artigos 26.º e 18.º n.º 2 da Constituição da República por a limitação da intimidade da vida privada dos trabalhadores se revelar excessiva, não adequada, desproporcionada e desnecessária, traduzindo-se numa efectiva aniquilação de um direito fundamental sem se atender aos princípios da "mútua compressão" que deve nortear a harmonização de direitos fundamentais. Entendemos, por outro lado, que deveria ser eliminada qualquer possibilidade, no artigo 19.º n.º 3 in fine, de a entidade empregadora ter acesso a dados relativos a testes ou exames médicos, não se apresentando a autorização escrita do trabalhador como um "consentimento livre".

6. Contrariamente ao que prevê o artigo 19.º n.º 1, entende a CNPD que a realização de

exames fora do contexto dos serviços de medicina do trabalho apresenta um grande perigo de proliferação de tratamentos de dados de saúde e da vida privada dos trabalhadores, com riscos acrescidos de exames "coercivos" desenquadrados de uma prevenção integrada de promoção e vigilância da saúde do trabalhador. Por outro lado, há um risco acrescido de interconexão de tratamentos tendentes a integrar "informação exaustiva" sobre o estado de saúde do trabalhador, na medida em que não está regulada a relação de interdependência entre os médicos referidos no artigo 19.º n.º 3 e os médicos do trabalho.

7. Em face da declaração de inconstitucionalidade das normas do artigo 12.º n.º 1 e 2 do DL 231/98, de 22 de Julho, não podemos deixar de manifestar a nossa perplexidade pela forma genérica como se legitima a utilização de "meios de vigilância electrónica", sem a mínima ponderação dos interesses em presença: a segurança de pessoas e bens e a reserva da intimidade da vida privada (direito à imagem/liberdade de movimentos). Por isso, entendemos que a Assembleia da República deveria - em termos gerais - legislar sobre a matéria de videovigilância, regulamentando os aspectos enunciados, sendo desejável que o Código do Trabalho fizesse a remissão para o regime geral estabelecido ou consignar disposições específicas em matéria laboral no âmbito da videovigilância compatíveis com o regime geral aplicável.

8. Se atentarmos ao disposto nos artigos 17.º e 19.º será admissível, em face das excepções legalmente estabelecidas, que o empregador possa exigir que o candidato preste "informações sobre a sua vida privada" ou sobre a sua "saúde" (n.º 1 e 2 do artigo 17.º) ou submetê-lo a "testes ou exames médicos de qualquer natureza", "quando particulares exigências inerentes à actividade o justifiquem" (n.º 1 do artigo 19.º). Esta formulação, especialmente, a do artigo 19.º parece poder legitimar a realização de testes genéticos, solução que, claramente, contraria os princípios estabelecidos no ponto 2 alínea g) da Resolução da Assembleia da República n.º 47/2001 e viola, frontalmente, o artigo 12.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina, aprovada, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001. Por isso, consideramos que a lei deveria ser expressa e proibir de forma absoluta a realização de testes genéticos prévios à candidatura a emprego, sob pena de violação dos disposto nos artigos 13.º e 26.º da Constituição da República.

9. O artigo 23.º n.º 2 - norma excepcional em relação ao princípio geral de não discriminação em função do património genético contido no n.º 1 - é demasiado vago e permissivo, podendo dar origem a abusos por parte das entidades empregadoras e colocar em causa a autonomia e os direitos de personalidade do trabalhador. O preceito deveria ser compatibilizado com o artigo 12.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina - que aponta para a realização de testes genéticos com "fins médicos" - prevalecendo o interesse da saúde do trabalhador e de terceiros sobre "interesses empresariais" ligados às condições de "exercício da actividade profissional".

10. Por outro lado, a decisão relativa à necessidade de submissão aos exames genéticos, só admissível para situações muito excepcionais e devidamente fundamentadas, deve ser tomada no âmbito dos serviços de medicina do trabalho, após aconselhamento genético do trabalhador e numa base de voluntariado, com salvaguarda de que o resultado dos exames não deverá ser comunicado, em nenhum caso, à entidade empregadora.

Lisboa, 20 de Maio de 2003
Amadeu Guerra (Relator)
Alexandre Pinheiro

Catarina
Luís
Mário
Luís Lingnau da Silveira (Presidente)

Sarmento
Durão
Vargès

e

Castro
Barroso
Gomes

[1] Estamos a referir-nos, nomeadamente, aos princípios relativos à igualdade e não discriminação, ao dever de informação dos trabalhadores, aos vários registos de dados relativos aos trabalhadores (registo actualizado do pessoal e de sanções disciplinares, do número das horas de trabalho prestadas, do trabalho suplementar), a alguns aspectos do teletrabalho e a diversas situações em que há comunicação de dados dos trabalhadores a outras entidades.

[2] Cf. Juan Domínguez e Susana Escanciano - "Utilización y Control de Datos Laborales Automatizados", 1997, pág. 82.

[3] O. de Tissot - "Pour une analyse juridique du concept de "dignité" du salarié" in Droit Social, num. 12, 1995, pág. 975.

[4] Lionnel Bochurberg e Sebastian Counaud - "Internet et la vie privée au bureau", Delmas Express, 2001, pág. 21.

[5] Sobre a indisponibilidade dos direitos de natureza pecuniária na vigência do contrato de trabalho veja-se o Ac. do STJ de 12 de Dezembro de 2001. Já quanto à renúncia após a cessação do contrato a mesma será possível (cf. Ac. Relação de Lisboa de 31/5/1982 in Col. Jur. Ano VII, t. 3, pág. 179).

[6] Sylvain Lefebvre - "Nouvelles Technologies et Protection de la Vie Privée en Milieu de Travail en France et au Québec", Centre de Droit Social, 1998, pág. 26.

[7] "Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição", Almedina, 1985, pág. 108. Salienta este autor uma situação ocorrida em França em relação à conversão em lei do projecto AUROUX sobre a restauração e alargamento dos direitos dos trabalhadores (pág. 174). A Lei n.º 82-689, de 4 de Agosto de 1982, refere, no relatório do projecto, que "as liberdades públicas devem entrar na empresa dentro dos limites compatíveis com os constrangimentos decorrentes da actividade produtiva", devendo quedar-se fora da lei práticas empresariais como a proibição de falar com os companheiros durante o período de trabalho ou a abertura de correspondência pessoal.

[8] Grupo de Trabalho que foi criado pelo artigo 29.º da Directiva 95/46/CE (in JO da Comunidades, n.º L 281 de 23/11/95, pág. 31). É um órgão consultivo e independente, com as atribuições estabelecidas no artigo 29.º desta Directiva, e é composto por um representante da autoridade ou autoridades de controlo designadas por cada Estado-Membro, por um representante da autoridade ou autoridades criadas para as instituições e organismos comunitários, bem como por um representante da Comissão Europeia (art. 29.º n.º 2).

[9] Veja-se "O controlo das comunicações electrónicas no local de trabalho", pág. 3, in <http://www.europa.eu.int/comm/privacy>

[10] Para maior desenvolvimento veja-se João Caupers, ob. cit. pág. 134 e ss.

[11] Sentença 88/1985, de 19 de Junho citada por Fernando Valdés Dal-Ré (Joaquín Aparicio e Antonio Baylos, "Autoridad y Democracia en la Empresa", Editorial Trotta, 1992, pág. 32).

[12] "Os direitos e liberdades de terceira geração apresentam-se como resposta ao fenómeno da denominada "contaminação de liberdades" (liberties' pollution), termo com

que alguns sectores da teoria social anglosaxónica aludem à erosão e degradação dos direitos fundamentais perante determinadas utilizações das novas tecnologias" (Antonio Enrique Pérez Luño - "La Tutela de la Libertad Informatica" in Jornadas sobre el Derecho Español de la Protección de Datos Personales, Madrid, 1996, pág. 97).

[13] Porque, mercê da insuficiência ou omissão de disposições legais expressas, lhe caberá fazer uma conciliação harmoniosa de interesses conflitantes, o que nem sempre é fácil.

[14] Veja-se o documento produzido pela CNPD: "princípios sobre a privacidade no local de trabalho" (in <http://www.cnpd.pt>).

[15] O artigo 10.º n.º 5 estabelece o seguinte: "é dispensado o visto do trabalhador referido no n.º 1 quando o registo do início e termo da prestação de trabalho seja feita por meios computadorizados".

[16] O Statuti dei Lavoratori italiano, no seu artigo 8.º, proíbe o empresário - para efeitos de contratação - de efectuar indagações, ainda que através de terceiros, sobre factos ou circunstâncias da vida privada (v.g. opiniões políticas, religiosas ou sindicais) que se revelem irrelevantes para apreciar a aptidão do trabalhador.

[17] Deliberação 32/98, de 13 de Maio, in Relatório da CNPDPI de 1998, pág. 96.

[18] In DR II.ª Série de 25 de Outubro de 2002, pág. 17789.

[19] Veja-se, neste sentido, o acórdão do Tribunal Constitucional de 25 de Setembro de 2002, in DR II.ª Série de 25 de Outubro de 2002, pág. 17789.

[20] Cf. neste sentido o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 394/93, de 16 de Junho, in DR I.ª Série A, n.º 229, de 29 de Setembro de 1993.

[21] "Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976, 1983, pág. 221

[22] Vejam-se, entre muitos, os seguintes acórdãos: STJ - acórdão de 3/4/1991 (BMJ 406, pág. 433). Relação de Lisboa - acórdãos de 23/10/2002, de 26/2/2003 (in <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf>).

[23] Vejam-se, em duas perspectivas diversas, os acórdãos do STJ de 5/6/1991 (in BMJ n.º 408, pág. 353) e de 15/2/1995 (in BMJ n.º 444, pág. 314).

[24] Cf., no mesmo sentido, Silvestre Sousa - "Problemática da embriaguez e da toxicomania em sede de relação de trabalho" in Revista de Direito e Estudos Sociais, Ano XXIX (II da 2.ª Série), Julho-Setembro de 1987, n.º 3, pág. 417.

[25] Em França, onde os regulamentos internos têm uma consagração específica e vinculam os trabalhadores, foi estabelecida, em determinados regulamentos, uma cláusula que proibia os trabalhadores de "entrarem no estabelecimento em estado de embriaguez, reservando-se a direcção a faculdade de submeter os trabalhadores, em caso de dúvida, a testes de alcoolémia. Por isso, se entendeu que só deveriam ser submetidos a tal exame os trabalhadores afectos a certos trabalhos ou encarregados da condução de certas máquinas (cf. Pierre Kayser - "La Protection de la Vie Privée par le Droit", 3.ª Edição, 1995, pág. 269).

[26] Ac. STJ de 24/6/98 (Proc. 243/97). Veja-se, no mesmo sentido, o Acórdão do Tribunal Constitucional de 25/9/2002, loc. cit. pág. 17787 e 17788.

[27] Acórdão de 20 de Junho de 1995, in DR II.ª Série de 2/11/95, pág. 13095.

[28] Cf. Jorge Leite, "Direito do Trabalho e de Segurança Social", Lições ao 3º ano da Faculdade de Direito, Coimbra, 1982, pág. 289. Para Bernardo G. L. Xavier (in Direito e

Estudos Sociais, XXIX, 1987, n.º 2 pág. 235) "há limites à realização de exames, nomeadamente quando estes são relativos à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador".

[29] Cf. preocupações similares manifestadas por Pierre Kayser, ob. cit. pág. 271. Veja-se, igualmente, García Serrano e I. Pedrosa Alquézar - "Vigilancia de la salud de los trabajadores", aspectos clínicos y jurídicos de los reconocimientos médicos en el trabajo, 1999, páginas 30 e 31.

[30] Esta possibilidade concreta está hoje prevista, por exemplo, no artigo 22.º do DL 139/2002, de 17 de Maio, diploma que aprovou o Regulamento de Segurança dos Estabelecimentos de Fabrico e de Armazenagem de Produtos Explosivos.

[31] Acórdão n.º 255/2002 in DR I.ª Série A de 8 de Julho de 2002, pág. 5237.

[32] Veja-se o artigo 79.º n.º 2 do Código Civil e o artigo 199.º do Código Penal.

[33] Segundo J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira - "Constituição da República Portuguesa Anotada", 3.ª Ed. 1993, pág. 181 - deve ser reconhecido o "direito de cada um de não ser fotografado nem ver o seu retrato exposto em público sem o seu consentimento" e o "direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar".

[34] O DL 132/99, de 21 de Abril, já consagra hoje - em termos de política de emprego - o "acesso universal, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião e convicções políticas ou ideológicas" (artigo 2.º al. c).

[35] O artigo 7.º permite ao juiz, com grande amplitude, o acesso a toda a documentação necessária ao julgamento das situações de discriminação, podendo ter acesso aos elementos relativos ao recrutamento, a quaisquer dados estatísticos ou outros que julgue relevantes.

[36] Decorreu em Lisboa e no âmbito da Presidência Portuguesa da União Europeia, em 12 de Maio de 2000, uma reunião do Grupo Europeu de Ética no qual foi discutida a questão do recurso aos testes genéticos por parte dos empregadores. Em matéria de tecnologias de informação e comunicação reconheceu-se que a Carta Europeia dos Direitos Fundamentais - que também mereceu especial reflexão - deveria "assegurar valores como a protecção da vida privada e prevenir possíveis abusos de uma sociedade com recurso a mecanismos de vigilância constante. No que diz respeito à biotecnologia e à genética, a presidente do Grupo, Noelle Noir, alertou para os perigos da mercantilização do corpo e para o risco da discriminação dos indivíduos em função das suas características genéticas" (cf. Jornal Público de 15/5/2000).

[37] Fernando Pachés, ob. cit. pág. 323.

[38] Aberta à assinatura dos Estados membros do Conselho da Europa em Oviedo, em 4 de Abril de 1997, e ratificada por Portugal pelo Decreto do Presidente da República n.º 1/2001 (in DR I.ª Série A de 3 de Janeiro de 2001).

[39] "O Genoma Humano e a Contratação Laboral", Celta Editora, Oeiras, 2002, pág. 53.

[40] Paula Lobato Faria, "Données Génétiques Informatisées - Un nouveau défi à la protection du droit à la confidentialité des données personnelles de santé", Bordeaux, 1996, pág. 181.

[41] Como refere Guilherme de Oliveira - RLJ Ano 128.º, n.º 3863, pág. 41 - "os empregadores começaram a mostrar interesse em excluir dos seus quadros os empregados ou os candidatos que apresentassem propensão para certas doenças, como o cancro, as cardiopatias e as perturbações mentais, independentemente de qualquer relação entre a

doença e as condições específicas do local de trabalho. Podem estar em causa outras doenças como a diabetes e a hipertensão.

[42] Como referem Marie-Hélène Boulanger e Jan Dhont - "Protection de la vie privée et données génétiques : quelques considérations - in Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit n.º 16, Droit des technologies de l'information, pág. 180 - esta realização será concretizada, especialmente, nas empresas que usam produtos químicos ou em centrais nucleares. No mesmo sentido, o relatório explicativo da Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina admite que, em certas circunstâncias particulares, possam ser realizados testes genéticos preditivos desde que as condições de trabalho possam ter consequências prejudiciais para a saúde do trabalhador em função da sua predisposição genética. Estes testes devem ser sempre feitos no interesse de velar pela saúde do trabalhador e, sempre, sem prejuízo de melhorar as condições de trabalho.

[43] No mesmo sentido a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, adoptada na 29.ª sessão da Conferência Geral da Unesco (de 21 de Outubro a 12 de Novembro). O artigo 2.º estabelece que "todos têm o direito ao respeito da sua dignidade e seus direitos humanos, independentemente das suas características genéticas. Essa dignidade faz com que seja imperativo não reduzir os indivíduos às suas características genéticas e respeitar a sua singularidade e diversidade".

[44] Veja-se, para maior desenvolvimento, o relatório realizado pelo Grupo de Trabalho de Genética Humana (CDBI-CO-GT4) a pedido do Comité Director de Bioética do Conselho da Europa - datado de 27 de Outubro de 1997 - que aborda aspectos relativos à Genética e Biomedicina e à realização de testes genéticos (in <http://www.coe.int>).

[45] In Diário da República I.ª Série de 3 de Janeiro.

[46] Esta solução encontrava-se consagrada no artigo 13.º n.º 1 do projecto de lei n.º 28/IX relativo à "Informação Genética Pessoal e Informação de Saúde", o qual referia que "a contratação de novos trabalhadores não pode depender de selecção assente no pedido, realização ou resultados prévios de testes genéticos". Assim acontece, por exemplo, na Finlândia onde a Lei 477/2001 - no seu § 7 - considera que o empregador não tem o direito de exigir que o empregado seja submetido a testes genéticos durante o recrutamento ou no decurso da relação de trabalho.

[47] João Nuno Martins, ob. cit. pág. 55 e 56, afasta a possibilidade de realização destes exames quer na fase de contratação quer na fase de prestação de trabalho. Adianta este autor que "os testes genéticos e os dados que deles dimanam, apartam-se substancialmente dos exames a que o artigo 16.º alude e dos dados clínicos que deles resultam. Os testes genéticos tocam no âmago da intimidade privada e podem nem adquirir expressão prática". Conclui, assim, que "será ilegítima a obrigatoriedade da realização de testes genéticos", na medida em que "existe uma impostergável dimensão de ferimento da privacidade das pessoas, um pronunciamento potenciador de marginalizações desumanas e um comprometimento da liberdade individual que não podem ficar entregues à autonomia privada e que criariam, ademais, entropias a uma educação responsável para a saúde social de que todos são fautores".

[48] La Génétique Humaine: de l'information à l'informatisation, 1992, págs. 252 e 253.

[49] Ob. cit. pág. 104.

[50] Ob. cit. pág. 277 e 278.

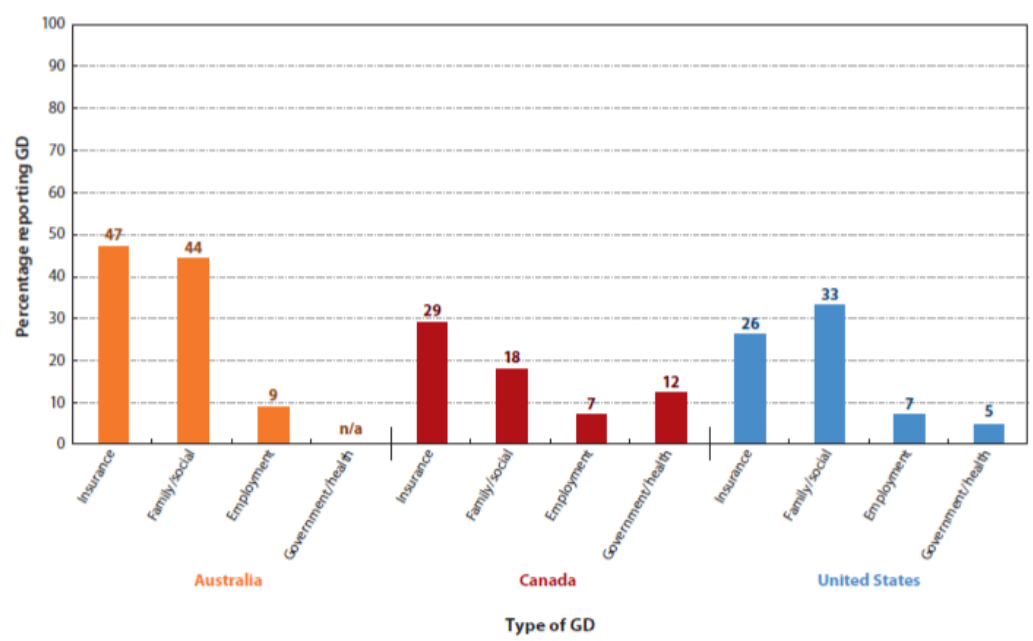
[51] Ao ser invertido, de forma simplista, o ónus da prova para o trabalhador que se considera discriminado (cf. o n.º 3 do artigo 23.º) fica o trabalhador, no caso em apreço, impossibilitado de comprovar a discriminação, tanto mais que dificilmente consegue

saber se outros trabalhadores realizaram exames e de que tipo, sendo-lhe impossível aceder aos respectivos resultados.

[52] Acórdão de 25 de Setembro de 2002, in DR II.^a Série de 25/10/2002, pág. 17789. No mesmo sentido Paulo Mota Pinto - "A Protecção da Vida Privada e a Constituição" in Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Vol. LXXVI, pág. 183 - quando refere que o recurso a testes de saúde dos trabalhadores deve ser limitado "aos casos em que sejam necessários para protecção de interesses de segurança de terceiros (assim, por exemplo, testes de estabilidade emocional de um piloto de avião) ou do próprio trabalhador, ou de outro interesse público relevante, e apenas se se mostrarem realmente adequados aos objectivos prosseguidos".

[53] Veja-se o que foi dito supra em relação à parte final do artigo 19.º n.º 3. Lembra-se, por outro lado, que o Projecto de Lei 28/IX delimitava a realização de exames à condição de "não ser posta em causa a situação laboral" do trabalhador e advogava, ao mesmo tempo, a entrega dos resultados ao próprio (cf. artigo 13.º n.º 3).

Anexo 2



Anexo 3

Country	Moratorium	Specific legislation on GD	Signatory to the Oviedo Convention	General or constitutional human rights/antidiscrimination protection
European countries				
Austria		✓		✓
Belgium		✓		✓
Bulgaria		✓	✓	
Croatia			✓	✓
Cyprus			✓	✓
Czech Republic			✓	✓
Denmark		✓	✓	
Estonia		✓	✓	✓
Finland		✓	✓	✓
France	✓	✓	✓	✓
Georgia		✓	✓	
Germany	✓	✓		
Greece	✓		✓	
Hungary			✓	✓
Iceland			✓	
Ireland	✓			✓
Italy			✓	✓
Latvia		✓	✓	✓
Lithuania			✓	✓
Luxembourg		✓	✓	✓
Moldova			✓	
Netherlands	✓	✓	✓	✓
Norway		✓	✓	✓
Poland			✓	✓
Portugal		✓	✓	✓
Romania			✓	
Slovakia			✓	✓
Slovenia			✓	✓
Spain		✓	✓	✓
Sweden	✓		✓	
Switzerland	✓		✓	✓
Turkey	✓		✓	
United Kingdom	✓			✓
Non-European countries				
Australia	✓			✓
Canada				✓
New Zealand				✓
United States		✓		✓
Total	10/37 (27%)	16/37 (43%)	28/37 (76%)	27/37 (73%)